

THÈSE DE
CAEN,
18
N^o.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DES COMICES PAR CURIES

DROIT FRANÇAIS

COMBINAISON DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

AVEC LE RÉGIME DOTAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

Dans le grand Amphithéâtre de la Faculté de Droit

Le Samedi 24 Juin 1893, à 4 heures du soir

PAR

GASTON CREVEL

Avocat à la Cour d'appel

CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINÉ, RUE FROIDE, 16

1893

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DES COMICES PAR CURIÉS

DROIT FRANÇAIS

COMBINAISON DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

AVEC LE RÉGIME DOTAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

Dans le grand Amphithéâtre de la Faculté de Droit

Le Samedi 24 Juin 1893, à 4 heures du soir

PAR

GASTON CREVEL

Avocat à la Cour d'appel

CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINÉ, RUE FROIDE, 16

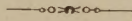
1893

JURY D'EXAMEN
DROIT ROMAIN

MEIS ET AMICIS

MM. CARBONNIER, VALLÉE, BIVILLE, ~~et~~ Doyen de la Faculté.

JURY D'EXAMEN

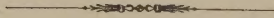


MM. CABOUAT, *Professeur, Président de la Thèse.*

VILLEY, *Professeur, Doyen de la Faculté.*

JOUEIN, *Professeur.*

BIVILLE, *Agrégé.*



DROIT ROMAIN

DES COMICES PAR CURIES

BIBLIOGRAPHIE

BELOT. — *Histoire des Chevaliers romains*. Paris, 1869.

BLOCH. — *Les Origines du Sénat romain*. Paris, 1883.

BOUCHÉ-LECLERCQ. — *Manuel des Institutions romaines*. Paris, 1886.

DUPOND. — *La Constitution et les Magistratures de la République*.

DURUY (V.). — *Histoire des Romains*, t. I. Paris, 1879.

FUSTEL DE COULANGES. — *La Cité antique*, 11^e édition. Paris, 1885.

GREIF. — *Origine du Testament romain*. Paris, 1887.

IHERING. — *L'Esprit du Droit romain*. Traduction Meulenaere. Paris, 1877.

E. LABOULAYE. — *Essai sur les Lois criminelles des Romains, concernant la responsabilité des magistrats*. Paris, 1845.

MADVIG. — *L'État romain, sa constitution et son administration*. Trad. Ch. Morel. Paris, 1882.

MISPOULET. — *Les Institutions politiques des Romains*. Paris, 1882.

MOMMSEN. — *Histoire romaine*. Trad. Alexandre, t. I, Paris, 1863.

MOMMSEN. — *Le Droit public romain*. Trad. Girard, t. VI, 1^{re} partie. Paris, 1889.

NIEBUHR. — *Histoire romaine*. Trad. de Golbéry, t. I et II. Paris, 1837.

ORTOLAN. — *Histoire de la Législation romaine*, 12^e édition, Paris, 1884.

LABBÉ. — *Dissertation sur l'« Auctoritas Patrum »*, formant l'Appendice II à l'*Histoire de la Législation romaine* d'Ortolan.

WILLEMS. — *Le Droit public romain*, 4^e édition. Louvain, 1880.

WILLEMS. — *Le Sénat de la République romaine*. Louvain, 1878.

Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines de DAREMBERG et SAGLIO, v^o *Comitia* (Article de M. HUMBERT).

Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger. Année 1881 : Article de M. MAYNZ. *Esquisse historique du Droit criminel de l'ancienne Rome*. — Année 1886 : Article de M. CUQ. *Recherches historiques sur le Testament « per œs et libram »*.

Revue générale du Droit. — Année 1883 : Article de M. Duméril : *Aperçu sur les Révolutions du Droit criminel à Rome*.

SOURCES PRINCIPALES

TITE-LIVE. — *Histoire romaine*, livre I.

DENYS D'HALICARNASSE. — *Antiquités romaines*

CICÉRON. — *Ses différents Discours et Traités*, et surtout le « *De Republica* ».

AULU-GELLE. — *Nuits attiques*.

VARRON. — *De Lingua Latina*.

INTRODUCTION

Du rôle du Peuple dans la constitution romaine

DES COMICES EN GÉNÉRAL

I. — Nous ne trouvons, dans les temps modernes, rien qui ressemble à ce qu'étaient les comices chez les Romains. Nulle part, en effet, nous ne voyons aujourd'hui tous les citoyens d'une nation s'assembler journellement, comme cela se passait à Rome, pour voter les lois et délibérer tous en commun sur les affaires de l'État.

Les principes cependant sont les mêmes, et, de nos jours encore, au moins dans la plupart des nations, la souveraineté réside bien dans le peuple ; et même ce principe de la souveraineté nationale est certainement mieux respecté dans la plupart des États modernes, qu'il ne l'était à l'origine de Rome. — Seulement, de nos jours, les citoyens n'exercent plus eux-mêmes, directement, cette souveraineté ; au lieu de participer tous ensemble au gouvernement, ce qui serait impraticable dans l'état actuel de notre civilisation, ils nomment des représentants, qui, eux, en petit nombre, gèrent les affaires publiques.

Au contraire, à Rome (1), c'était par eux-mêmes, et sans aucune délégation, que les citoyens exerçaient leurs droits politiques : le peuple romain s'assemblait tout entier tous les jours sur le Forum, et là, votait les lois, nommait les magistrats, décidait de la paix ou de la guerre, en un mot gouvernait la cité.

En d'autres termes, et pour employer les formules du droit constitutionnel, c'est le système du gouvernement direct qui était appliqué à Rome, tandis que dans les nations modernes nous ne connaissons que le système représentatif.

II. — Ce système du gouvernement direct nous paraît tout à fait extraordinaire, quand nous l'examinons avec nos idées modernes ; mais, à Rome, il s'explique tout naturellement par les goûts et les mœurs des Romains, et par la situation dans laquelle ils se trouvaient.

La première raison de son existence, c'est sa possibilité même, à cause du peu d'étendue de la cité romaine.

Du moment que le territoire d'un État est assez peu étendu pour que le gouvernement direct y soit possible, il est tout naturel qu'il y existe, car il est tout naturel qu'on se dispense d'intermédiaires quand

(1) Nous parlons, bien entendu, de la période royale et de la République, car, sous l'Empire, la souveraineté nationale n'existe plus à Rome, tous les pouvoirs étant concentrés dans la main des Césars.

on peut aisément s'en passer ; et on doit alors d'autant moins hésiter à le faire, que tout système représentatif, quelque ingénieusement combiné qu'il soit, est toujours et forcément défectueux, car il ne peut jamais donner d'une manière exacte la volonté générale de la nation sur chaque affaire spéciale.

Aussi dans l'antiquité, où les États étaient petits, ce n'est pas seulement à Rome que nous voyons le gouvernement direct fonctionner, c'est aussi dans la plupart des États de la Grèce, notamment à Sparte et à Athènes. — Chez nous, au contraire, le gouvernement direct, en dehors de toute autre considération, serait matériellement impraticable, car les nations modernes, même les plus petites, sont beaucoup trop étendues pour qu'il soit possible d'en réunir tous les citoyens en un même point pour entendre les orateurs et statuer sur les affaires publiques.

Mais à Rome, le nombre des citoyens, même en y comprenant les plébéiens, ne fut jamais très grand ; à l'origine, il était très restreint ; et même plus tard, même quand l'État romain eut pris l'extension considérable que nous connaissons, à la fin de la République, ce nombre ne s'accrut jamais démesurément : c'est qu'en effet, si les conquêtes des Romains étendaient dans des proportions incalculables la multitude de leurs sujets, elles n'avaient que peu d'influence sur le nombre des citoyens ; les peuples vaincus étaient bien incorporés dans l'État romain, mais ce n'était généralement pas avec la qualité de citoyen, et c'est seulement sous l'Empire qu'on pro

digua cette qualité, c'est-à-dire à une époque où il n'y avait plus, à proprement parler, d'assemblées populaires.

Mais si le gouvernement direct a duré si longtemps à Rome, ce n'est pas seulement parce qu'il y était possible : c'est encore et surtout parce qu'il s'adaptait parfaitement au genre de vie des Romains.

Chez nous, quand même ce genre de gouvernement serait possible, il est bien probable qu'il ne serait cependant pas pratiqué, car il ne serait pas dans nos goûts ; il n'y a pas besoin en effet d'être un grand observateur pour remarquer que si le citoyen des nations modernes semble tenir beaucoup — tout autant peut-être qu'on y tenait à Rome — à la *jouissance* de ses droits politiques, il se montre, au contraire, très peu empressé, quand il s'agit de les *exercer*. — Je n'en veux pour preuve que ce qui se passe en France, et le nombre incroyable d'absentions qui se produisent chaque fois qu'il s'agit de procéder à une élection ; et c'est pourtant là une opération très simple et qui ne se renouvelle qu'à des intervalles assez éloignés (1).

C'est que les peuples modernes sont des peuples

(1) Et dans un ordre d'idées tout voisin, il est à remarquer combien le citoyen moderne montre peu d'empressement quand on lui demande de s'occuper des affaires publiques, par exemple, si on réclame son concours pour l'administration de la justice : pour le forcer à venir siéger comme juré dans les Cours d'assises, il a fallu édicter des pénalités assez sévères, et il n'y vient qu'en maugréant et après avoir essayé de tous les moyens pour se soustraire à cette obligation, et, pourtant, c'est là presque un honneur autant qu'une charge.

occupés, des peuples commerçants au sens le plus large du mot : le travail sous toutes ses formes est en très grand honneur chez nous ; il est dans nos mœurs, et il en résulte que nous sommes tous occupés de nos affaires personnelles et que nous considérons comme une véritable charge quand on nous demande de les quitter pour prendre soin des affaires publiques : nous ne consentirions jamais à le faire tous les jours.

Tout autre était le caractère du peuple romain, qui était un peuple essentiellement guerrier, et considérait toute autre occupation comme un déshonneur. Mais quelque amour qu'on en ait, la guerre ne peut pas être un état permanent ; les guerres ont beau être fréquentes, forcément elles laissent toujours dans la vie de celui qui en fait sa profession des intervalles d'inactivité. Or, pendant la paix, le citoyen romain était, dans toute la force du terme, un oisif. Tous les travaux, même les plus relevés, étaient abandonnés aux esclaves, et le citoyen se serait cru déshonoré de s'occuper des moindres soins domestiques. Or si l'on a pu dire, dans nos civilisations modernes, que « l'oisiveté est la mère de tous les vices », il est certain qu'à Rome comme ailleurs, elle devait avoir pour premier inconvénient d'engendrer l'ennui ; dans ces conditions, on comprend que, pendant qu'il était à Rome, non seulement le citoyen romain avait tout le temps nécessaire pour s'occuper des affaires publiques, mais encore que cette occupation était pour lui d'un grand se-

cours pour combattre les ennuis de l'inaction. Il est donc tout naturel que l'idée ne lui soit jamais venue de se débarrasser de ce soin en nommant des représentants.

Enfin, si le système du gouvernement direct était la conséquence naturelle des goûts et des habitudes des Romains, il était également conforme à leurs idées juridiques. On sait que jusque vers la fin de la République, les Romains n'ont pas admis le principe de la représentation dans le domaine du droit privé, et que leur théorie, en cette matière, peut se résumer dans les deux formules suivantes :

Nemo alieno nomine lege agere potest (1),

et

Nihil per extraneam personam nobis acquiritur (2).

Du moment que les Romains n'admettaient pas l'idée de représentation dans le droit privé, il est tout naturel qu'ils ne l'aient pas admise davantage en matière de droit public, car la personnalité politique a certainement quelque chose de plus individuel encore, de plus difficilement communicable que la personnalité civile.

Il est donc certain que, dans l'Etat romain, les

(1). Au Digeste, de *Regulis juris*, livre L, titre XVII, loi 123, *Principium* (c'est une loi d'Ulpien). — Voy. aussi GAIUS, *Commentaire* IV, n° 82; et les Institutes de Justinien, livre IV, titre X, *Principium*, où sont indiquées quatre exceptions au principe.

(2) GAIUS, C. II, § 93. — Institutes de Justinien, livre II, titre IX, § 3.

citoyens participaient tous ensemble et sans aucun intermédiaire au gouvernement de la cité, et ce système de gouvernement, qui heurterait toutes nos idées modernes, cadrerait au contraire parfaitement avec les idées et les mœurs des Romains.

III.— Les assemblées dans lesquelles les citoyens décidaient ainsi des affaires publiques s'appelaient *comitia* :

« Les comices, en droit public romain, sont les
« assemblées solennelles du peuple, régulièrement
« distribué et convoqué par les magistrats compé-
« tents, à l'effet de statuer sur une proposition
« (*rogatio*) législative ou judiciaire, ou sur l'élection
« de certains magistrats » (1).

Les *comitia* se distinguent nettement des autres assemblées (beaucoup moins importantes du reste), du peuple romain, les *conciones* et les *concilia*.

En effet dans la *concio*, le peuple est encore, il est vrai, convoqué par un magistrat ou un prêtre, mais il n'est pas groupé d'après ses divisions politiques et il n'est jamais appelé à voter sur une *rogatio*. L'objet d'une *concio* ne peut consister que dans une communication que le magistrat veut faire au peuple, ou encore dans la discussion d'une *rogatio* qui sera ensuite soumise aux comices. Il arrivait souvent, en effet, que les magistrats faisaient pré-

(1) HUMBERT. — *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines* de Daremberg et Saglio, tome I, page 1374.

céder l'assemblée des comices d'une *concio* dans laquelle les citoyens discutaient le projet de loi qui devait leur être soumis plus tard dans les comices : de cette façon, le magistrat pouvait s'éviter un échec, ou bien encore il pouvait réfuter les objections que soulevait sa proposition de loi, et vaincre les résistances qui auraient pu la faire rejeter. Mais jamais une résolution obligatoire ne pouvait sortir directement d'une *concio* (1).

Quelquefois aussi, le mot *concio* est pris dans un sens beaucoup plus général pour désigner toute assemblée populaire (2).

Quant à l'expression *concilia*, elle est assez vague et se prend dans plusieurs sens.

Dans son sens le plus large, elle désigne d'une façon indéterminée toute espèce d'assemblée publique.

Dans une signification plus restreinte, le mot *concilium* indique les assemblées qui n'ont aucun caractère légal, qui sont convoquées par un simple citoyen, où tout le monde peut prendre la parole ; en un mot, ce que nous appellerions en style moderne des réunions publiques.

(1) WILLEMS. *Dr. public rom.*, p. 151. — FESTUS, v° *Concio*. — TITELIVE, XXXIX, 15. — AULU GELLE, XIII, 15, *in fine* « manifestum « est aliud-essè cum populo agere, aliud contionem habere. Nam « cum populo agere est : rogare quid populum, quod suffragiis suis « aut jubeat aut vetet ; contionem autem habere est : verba facere ad « populum sine ulla rogatione. »

(2) CICÉRON. *Pro Sextio*, 50.

Parfois aussi le mot *concilium* indique une réunion partielle du peuple, et alors il s'oppose au mot *comitia*, qui indique toujours une assemblée générale du peuple romain (1). C'est ainsi que tant que les patriciens ne vinrent pas aux réunions de la plèbe, celles-ci s'appelèrent *concilia plebis* ; mais du jour où ces réunions cessèrent d'être spéciales à la plèbe, et devinrent des assemblées générales de tout le peuple où les patriciens furent forcés de se rendre (lois Publilia et Valeria Horatia, et loi Hortensia), elles cessèrent d'être des *concilia plebis* et devinrent des *comitia tributa*.

On voit que si certaines incertitudes existent sur la distinction des *conciones* et des *concilia*, au contraire les *comitia* se distinguent nettement des unes comme des autres. Les *comitia* sont les seules assemblées dans lesquelles s'exercent les actes de souveraineté nationale ; ce sont les seules dans lesquelles le peuple soit groupé d'après ses divisions politiques, *curies*, *centuries* ou *tribus* ; enfin ce sont les seules où il soit consulté officiellement et appelé à voter sur une *rogatio* (« ... *rogare quid populum* « *quod suffragiis suis aut jubeat aut vetet.* » Aulu-Gelle, XIII, 15). Ce sont donc les assemblées de beaucoup les plus importantes du peuple romain.

IV. — Dans le cours de leur existence, depuis

(1) AULU-GELLE. XV, 27. « In eodem Læli Felicis libro, hæc scripta sunt : Is qui non universum populum sed partem aliquam adesse jubet, non comitia sed concilium edicere debet. »

l'origine de Rome jusqu'à l'Empire, les *comitia* se présentent sous trois formes successives : *comitia curiata*, *comitia centuriata*, *comitia tributa*.

Comme aspect extérieur, au point de vue de la forme, ces trois espèces de comices diffèrent par la façon de grouper les citoyens pour le vote ; mais au fond ces différences dans la forme ne font que correspondre aux trois phases de l'évolution démocratique de l'État romain. On sait en effet que le gouvernement de Rome, d'abord exclusivement patricien, tendit à devenir de plus en plus démocratique, ou, ce qui serait plus exact, de moins en moins aristocratique (car Rome n'a jamais connu de gouvernement vraiment démocratique) : et cette marche dans les idées se traduisit à Rome par des changements considérables dans l'organisation des comices.

Sous la royauté, où le pouvoir appartenait exclusivement à l'aristocratie de race, aux patriciens, on ne connut, au moins jusqu'à Servius Tullius, que les *comitia curiata*. Ces comices étaient basés sur la division du peuple en curies, et les patriciens y étaient souverains maîtres. Les controverses les plus vives existent sur la question de savoir si les plébéiens prenaient part aux comices par curies, mais un point qui est hors de doute, c'est que dans ces comices, ils n'avaient aucune influence sur la marche des affaires publiques.

La réforme de Servius Tullius, qui aboutit à remplacer les *comices curiates* par les *comices centuriates*, ne fit que substituer l'aristocratie de for-

tune à l'aristocratie de race. Les *comitia centuriata* sont, en effet, basés sur la répartition des citoyens en classes et en centuries, répartition qui est faite uniquement d'après le cens, c'est-à-dire d'après la fortune de chacun. Avec les *comices centuriates*, le pouvoir n'appartient plus exclusivement aux patriciens, mais, en fait, il appartient exclusivement aux riches, sans distinction de naissance.

Enfin, vers le III^e siècle avant J.-C., une troisième étape sera franchie et le pouvoir passera peu à peu aux *comitia tributa*, qui sont institués sur un principe plus démocratique. Dans ces comices, la voix de tout citoyen aura la même valeur, qu'il soit riche ou pauvre, patricien ou plébéien.

Il faut noter cependant que ce n'est pas encore là le véritable suffrage universel; en effet, c'est la majorité des tribus, et non la majorité des citoyens qui fait loi : chaque citoyen vote seulement dans sa tribu (1), chaque tribu n'ayant qu'une voix, quel que soit le nombre de ceux qui la composent. En principe, chaque citoyen aurait dû être inscrit dans la tribu de son domicile, et il en fut ainsi à l'origine ; mais bientôt, les censeurs eurent un pouvoir discrétionnaire pour composer les tribus comme bon leur semblait, sans avoir à tenir compte du domicile (2), ils en profitèrent d'abord pour entasser systématiquement dans les quatre tribus urbaines tous les

(1) Il s'agit des 35 tribus locales créées par Servius Tullius.

(2) TITE-LIVE IX, 46 ; XLV, 15.

gens qui n'avaient intérêt qu'à tout bouleverser, et à ce point de vue, le pouvoir des censeurs fut certainement très salutaire pour les destinées de Rome. — Mais souvent aussi les censeurs usèrent de ce pouvoir pour faire, en vue de telle ou telle loi spéciale, ce que nous appellerions aujourd'hui « des remaniements de circonscriptions électorales ». Quand ils voulaient faire passer une loi, rien ne leur était plus facile que de grouper dans un petit nombre de tribus tous ceux qu'ils savaient être hostiles à cette loi : c'est là une des principales considérations qui nous faisaient dire un peu plus haut que Rome n'a jamais connu de gouvernement vraiment démocratique, au sens moderne du mot.

Il est bon de remarquer que les *comitia curiata* ne furent pas supprimés par la création des *comitia centuriata* : c'est peu à peu que ces derniers étendirent leur influence au détriment des premiers ; et de même, ce n'est que peu à peu et sans aucune secousse que les comices *tributes* s'emparèrent de toutes les attributions des comices *centuriates*. — Cette façon de procéder est du reste générale dans l'histoire des institutions romaines : chez les Romains, les changements ne sont jamais brusques, et il est bien rare qu'une institution nouvelle abroge radicalement celles qui l'ont précédée.

V. — Nous ne nous occuperons dans cette étude que des *comitia curiata*.

En effet, les comices *centuriates* et *tributes* appar-

tiennent à l'époque franchement historique : on sait d'une manière très suffisamment précise ce qui s'y passait ; s'il existe encore quelques controverses, ce n'est que sur des points de détail, et leur histoire n'offrirait rien de particulièrement intéressant.

Au contraire les comices *curiates* appartiennent à une période qui, il faut l'avouer, n'est pas encore tout à fait l'époque historique, et les incertitudes les plus grandes existent encore à l'heure actuelle sur un grand nombre de questions des plus importantes, concernant leur organisation même et leur compétence : c'est ainsi que nous ne savons pas encore si les plébéiens et les clients y votaient ; et nous ne savons pas davantage d'une manière précise quel était le rôle de ces comices dans l'élection des rois, quel était leur rôle exact dans la confection du testament, dans l'adrogation, etc. On comprend que ces questions controversées, et les conjectures auxquelles elles ont donné lieu puissent fournir matière à une étude digne d'intérêt.

Ce n'est pas, bien entendu, que nous puissions avoir la prétention d'imaginer des hypothèses nouvelles, après toutes celles qui ont été proposées par des savants éminents qui ont fait de ces questions l'objet spécial de leurs études, c'est-à-dire des études de toute leur vie : mais il nous semble encore assez intéressant de discuter ces hypothèses, qui sont presque toujours très ingénieuses, et de rechercher quelles sont celles qui paraissent les plus vraisemblables.

Si en cette matière on est obligé de recourir si souvent à des hypothèses pour trancher les questions controversées, ce n'est pas que les auteurs latins soient muets sur notre sujet : nous y trouverons au contraire de nombreux renseignements ; malheureusement nous ne pourrons les accepter que sous bénéfice d'inventaire : ces auteurs en effet sont loin de pouvoir nous inspirer une confiance absolue, car nous les prenons trop fréquemment en flagrant délit d'inexactitude ou de contradiction entre eux : cela au fond n'a rien de surprenant, car il s'agit le plus souvent de renseignements épars dans des orateurs, ou dans des écrivains littéraires, qui vivaient cinq ou six cents ans après Servius Tullius, et qui ne se piquent pas d'un grand scrupule historique : et malheureusement tel est aussi le cas des historiens eux-mêmes, qui, comme Tite-Live, ont une tendance regrettable à accueillir trop facilement les légendes.

On ne peut donc accepter les affirmations des auteurs anciens qu'après les avoir soumises à un contrôle sévère, et quand on les trouve en contradiction entre elles, on est bien obligé de s'en tenir aux inductions basées sur le raisonnement.

Mais il ne faut pas perdre de vue que les solutions obtenues par ce dernier procédé ne peuvent être que des conjectures, et nous aurons grand soin dans cette étude de distinguer les points qui sont certains, qui sont acquis à l'histoire, de tout ce qui n'est que conception conjecturale des savants mo-

dernes, et appartient par conséquent au domaine de l'hypothèse.

Pour étudier l'histoire des comices *curiates*, nous rechercherons d'abord quelle était leur organisation et comment ils fonctionnaient ; puis nous verrons quelles étaient leurs attributions, et ce sera là la partie la plus importante de notre sujet ; nous étudierons ensuite une espèce particulière de comices *curiates*, les *comitia curiata calata* ; enfin, dans une dernière partie, nous verrons comment les comices *curiates* tombèrent peu à peu en désuétude et finirent par être remplacés par la réunion de trente licteurs.

Mais avant d'aborder l'étude des comices par curies, voyons en très peu de mots, et dans un chapitre en quelque sorte préliminaire, ce que c'était que la curie.



CHAPITRE PREMIER

DES CURIES

VI. — La curie est une division du peuple romain : dans la Constitution romaine, c'est une subdivision de la tribu primitive, ou tribu de race.

Cette division en tribus et en curies remonte à l'origine même de Rome.

Nous n'avons pas à entrer ici dans les discussions interminables qui se sont élevées sur les origines du peuple romain : d'ailleurs, au milieu des légendes qui obscurcissent cette question, il nous paraît impossible de savoir exactement comment les choses se sont passées. Un seul point semble établi d'une façon à peu près certaine, c'est que la *civitas romana* s'est formée par la réunion de trois peuplades d'origines différentes, les *Ramnenses*, les *Tatienses* et les *Luceres*. Maintenant, cette réunion a-t-elle été absolument pacifique ? ou au contraire ne s'est-elle produite qu'à la suite de luttes, de guerres qui auraient eu lieu, soit entre ces trois peuplades entre elles, soit entre ces peuplades confédérées et une population occupant alors le territoire où devait s'élever plus tard la ville de Rome ? ce sont autant de questions sur lesquelles on discute sans avoir, croyons-nous, des éléments suffisants pour les résoudre.

Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que, dès

que la cité romaine est formée, elle nous apparaît divisée en trois tribus, qui correspondent aux trois peuplades qui ont composé la confédération ; chacune de ces tribus est subdivisée en dix curies et chaque curie n'est elle-même qu'une réunion de *gentes*.

Les trois tribus primitives sont des tribus de race ; dans cette division, les individus sont classés d'après leur origine, d'après leur naissance, et on appelle ces tribus, tribus génétiques (*φυλαι γενικαι*) (1), par opposition aux tribus locales (*φυλαι τοπικαι*) qui seront créées plus tard par Servius Tullius et pour lesquelles on prendra uniquement en considération le domicile du citoyen.

Mais si les tribus primitives constituent surtout une division personnelle, il faut cependant remarquer qu'elles forment en même temps une division topographique, car chacune d'elles, au moins à l'origine, était cantonnée sur une portion déterminée du territoire romain (2).

Chacune de ces trois tribus se subdivise en dix *curies* (3), et c'est la réunion de ces trente *curies* qui forme les comices *curiates*.

Mais si la curie est l'unité d'après laquelle on vote dans les comices, elle ne constitue cependant pas l'unité première de la *civitas* : le groupe élémentaire, au point de vue de la composition de

(1) DENYS D'HAL. IV, 14.

(2) VARRON. *De l. l.* V, § 55.

(3) TITE LIVE. I, 13. — DENYS. II, 7. — CICÉRON. *De Republica*, II, 8.

l'État, c'est la *gens* (1), et chaque *curie* n'est qu'une réunion de *gentes*.

Denys d'Halicarnasse, il est vrai, parle bien d'une autre subdivision des *curies* : d'après lui, chaque *curie* aurait été divisée en dix *décuries* (δεκαδας) (2), ayant chacune un chef appelé *décurion* (δεκαδάρχος). Mais l'existence de ces prétendues *décuries* est aujourd'hui à peu près unanimement contestée, parce qu'aucun autre texte n'y fait même la moindre allusion ; et il est fort possible et même probable que, vivant à une époque déjà très éloignée des temps dont il écrit l'histoire, Denys aura attribué par erreur aux *curies* les subdivisions militaires des *centuries*. En tous cas, l'autorité isolée de l'historien grec n'est pas suffisante pour nous permettre de croire à l'existence d'un groupe que rien ne fait soupçonner dans l'organisation primitive de Rome.

Au contraire la subdivision de la *curie* en *gentes* est certaine, en ce sens que chaque *curie* était composée d'un certain nombre de *gentes*.

Quant à savoir exactement ce que c'est que la *gens*, c'est là un des points les plus controversés du droit romain ; mais cette question ne se rattache à notre sujet que d'une façon trop indirecte pour que nous puissions aborder ici l'examen des nombreux systèmes qui ont été proposés pour la résoudre.

(1) LABBÉ. (*Préface à l'histoire de la législation romaine d'Ortolan*, 12^e édition, p. VIII).

(2) DENYS D'HALICARNASSE, II, 7.

Disons seulement, sans entrer dans aucun détail, que, à la différence de la tribu et de la curie, la *gens* n'est pas une création arbitraire du législateur ; c'était au contraire, croyons nous, un groupe de formation naturelle, plus compréhensif que la famille, avec laquelle elle a bien des rapports. En effet, « la
« *gens*, toutes les fois qu'il est possible de la saisir
« dans un de ses actes, nous apparaît comme un
« groupe d'individus portant un même nom, partici-
« pant à un même culte, se concertant en vue de
« résolutions communes, confiant à un d'entre eux
« le soin de parler et d'agir au nom de tous ; mais
« ces individus sont des pères de famille indépen-
« dants, et dans leur sphère souverains.... etc. »
(Bloch. *Des origines du Sénat romain*, p. 106).

D'après l'hypothèse qui nous paraît la plus vraisemblable, la *gens* devait être un groupe de familles liées entre elles par une certaine communauté d'origine (1).

Le nombre des *gentes* nous est inconnu. Certains auteurs, — sans doute par un amour exagéré de la symétrie, — affirment qu'il y en avait trois cents, dix par curie : ce sont les auteurs qui, comme Niebuhr, pensent que les décuries dont parle Denys d'Halicarnasse, ne sont autre chose que les *gentes*. Mais cette assimilation nous paraît inadmissible, car rien dans les textes ne la justifie : tout au contraire,

(1) V. pour plus de détails tous les auteurs modernes qui ont traité des Institutions des Romains.

Denys, dans ce fameux passage (II, 7), présente la décurie comme une division politique, œuvre du législateur, tandis que, nous l'avons vu, la *gens* est un groupe de formation naturelle.

En résumé, voici quelle était, selon nous, la division primitive de Rome : le peuple était divisé en trois tribus, et chaque tribu était subdivisée en dix curies, chaque curie étant composée d'UN CERTAIN NOMBRE de *gentes*.

VII. — Le seul de ces groupes qui intéresse directement l'objet de cette étude, c'est la curie : nous avons dit que cette institution est une création arbitraire du législateur, et nous pensons avec la majorité des auteurs (1) que cette division est postérieure à la réunion des trois tribus qui ont fondé Rome.

Ce dernier point est cependant contesté : quelques auteurs ont été frappés des analogies qui existent entre la curie romaine et la *πατρις* grecque ; ils ont également remarqué que cette division est générale dans la race latine, et qu'on la retrouve non seulement chez les Romains, mais encore dans beaucoup de peuplades de l'ancien *Latium* ; et ils en concluent que cette division devait exister dès avant leur réunion dans chacune des trois peuplades qui ont fondé Rome. Fustel de Coulanges va même plus

(1) VILLEMS Dr. *Public romain*, 4^e édition, p. 34. — BOUCHÉ LECLERCQ. p. 6. — LANGE. *Römische Alterthümer*, 3^e édition, t. I, p. 275, etc.

loin, et pense que la curie est un groupe de formation naturelle (1).

Ces hypothèses nous paraissent invraisemblables : les rapprochements que l'on peut faire avec des institutions similaires ayant existé soit en Grèce, (2) soit dans les autres villes du *Latium*, prouvent uniquement que cette division n'est pas spéciale au législateur romain, et rien de plus.

Mais il est certain que c'est là une œuvre artificielle, et qu'elle est postérieure à la réunion des trois tribus. Ce qui le prouve, ce n'est pas seulement le témoignage unanime des auteurs anciens (3) qui, tous, l'attribuent à Romulus ; c'est encore et surtout le nombre déterminé des curies, qui est le même pour chaque tribu, ce qui démontre jusqu'à l'évidence que cette division a été créée après la cité, et précisément dans le but de faire participer dans une mesure égale à la vie publique les trois races qui la composent.

La curie n'est pas seulement une division du peuple pour voter ; elle a encore une importance religieuse, et peut-être une importance militaire.

Le caractère religieux de la curie est certain, et, pour beaucoup d'auteurs, c'est même là son carac-

(1) FUSTEL DE COULANGES. *Cité antique*, 11^e édition, p. 132. — V. aussi MOMMSEN. *Histoire romaine*, I, p. 86 et 95. Traduction de Alexandre.

(2) Il est incontestable, en effet, que la triple division du peuple romain en tribus, curies et gentes, présente de grandes analogies avec la division du peuple d'Athènes en φυλαι, φρατρία et γενη.

(3) Voir les textes cités à la note 3 de la page 19.

tère dominant ; chaque curie avait son culte spécial (*sacra curionia*), qui faisait partie des *sacra publica* ; elle avait son prêtre (*curio*) qui, avec l'aide d'un *flamen curialis*, était chargé d'offrir des sacrifices à la divinité ; les trente *curiones* étaient sous la surveillance du grand curion (*curio maximus*), qui était chargé de veiller à l'accomplissement des cérémonies du culte (1). Ces cérémonies religieuses, auxquelles tous les membres de la curie (*les curiales*) devaient prendre part « consistaient essentiellement en un « repas fait en commun ; la nourriture avait été « préparée sur l'autel lui-même, et était, par conséquent, sacrée ; on la mangeait en récitant quelques « prières ; la divinité était présente et recevait sa « part d'aliments et de breuvages » (2).

Il y avait aussi à Rome des fêtes religieuses, notamment les *Fornacalia*, pour lesquelles le peuple était disposé par curies, et dont la direction appartenait au grand curion (3).

Ajoutons que c'est le caractère religieux de la curie qui subsista le plus longtemps à Rome, et qu'il survécut longtemps à ses autres attributions.

Mais si le caractère religieux de la curie est certain, car il est établi par les témoignages unanimes des anciens, il est loin d'en être de même du caractère militaire.

(1) DENYS, II, 23. — FESTUS, *vis Curiales mensæ*. — TITE-LIVE, XXVIII, 8.

(2) FUSTEL DE COULANGES. *Cité antique*, 11^e édition, p. 133.

(3) OVIDE. *Fastes*, II, vers 527, et s. — VARRON. *De l. l.* VI, 13.

Cependant la plupart des auteurs modernes pensent que la curie formait l'unité pour le recrutement de l'armée, c'est-à-dire que chaque curie devait fournir un contingent déterminé de fantassins et de cavaliers.

Un auteur éminent, Ihering, va même beaucoup plus loin : pour lui (1), la curie n'est pas une association politique ayant une double importance religieuse et militaire ; c'est encore moins une unité religieuse exerçant des fonctions politiques et militaires : pour Ihering, la curie est avant tout *une division permanente de l'armée* ; c'est surtout en vue de l'armée qu'elle a été créée ; — et s'il se trouve que c'est en même temps une division politique du peuple, c'est uniquement parce que, à cette époque reculée, peuple et armée sont deux termes équivalents, l'armée n'étant pas alors un corps distinct de la société civile.

Nous ne pouvons suivre ici Ihering dans les déductions très ingénieuses à l'aide desquelles il arrive à cette conclusion : nous tenons seulement à faire remarquer que cette conclusion est une pure hypothèse car elle ne repose sur aucun texte.

Il est possible que la curie ait eu à l'origine une importance militaire : il est certain en effet que les premiers Romains étaient, autant par goût que par nécessité, un peuple essentiellement belliqueux, et

(1) IHERING. *Esprit du Droit romain*. Traduction de O. DE MEULENAERE. t. I, p. 248.

dès lors il peut être logique de penser que leurs premières institutions ont dû correspondre à une organisation militaire.

Mais sur ce point nous sommes réduits aux conjectures, car aucun passage des auteurs anciens ne fait la moindre allusion à l'importance militaire des curies, et ce silence, nous l'avouons, nous paraît d'autant plus probant que ces mêmes auteurs s'étendent au contraire très longuement sur le caractère militaire des centuries de Servius Tullius.

Le caractère militaire des curies nous paraît donc très problématique.

Quant à leur importance politique, elle est incontestable, et nous allons la préciser en étudiant maintenant l'organisation des comices par curies.

CHAPITRE II

ORGANISATION DES COMICES CURIATES

Dans ce chapitre, nous allons étudier successivement deux points : 1^o la composition des comices par curies ; et 2^o leur fonctionnement.

§ 1. — *Composition des comices par curies*

VIII. — On sait que les personnes libres qui composaient la cité romaine, se divisaient en trois classes distinctes et profondément inégales au point de vue de leurs droits civils et politiques : les patriciens, les plébéiens, et, dans une situation intermédiaire, les clients.

Ces trois catégories d'individus figuraient-ils dans les comices par curies ?

Pour les patriciens, l'affirmative est certaine ; et il est même certain qu'ils y étaient tout puissants. Mais la question est de savoir s'ils composaient à eux seuls ces comices, ou si, au contraire, les deux autres classes, plébéiens et clients, y jouaient un rôle quelconque.

Et d'abord, les plébéiens avaient-ils le droit de vote dans les comices par curies ?

Sur cette question, qui est des plus importantes

dans l'histoire de ces comices, les avis sont très partagés, et c'est là une des plus grosses controverses de notre matière.

Trois opinions sont en présence :

D'après les uns, les plébéiens ont toujours voté dans les comices *curiates*, et cela dès l'origine.

Dans un second système qui est diamétralement opposé au précédent, les plébéiens n'ont jamais eu accès dans ces comices, qui jusqu'à la fin ont été des assemblées exclusivement patriciennes.

Enfin, certains romanistes ont voulu concilier ces deux théories opposées au moyen d'une distinction : ces auteurs pensent qu'à l'origine les plébéiens étaient exclus des comices par curies, mais qu'ils y furent admis plus tard, et que sous la République, — mais à cette époque seulement, — patriciens et plébéiens figuraient dans ces assemblées avec des droits égaux.

IX. — *Premier système.* — En faveur de l'admission des plébéiens dans les comices *curiates*, on a invoqué les arguments suivants (1) :

1° Les Annalistes et tous les auteurs latins sont unanimes à admettre que dès l'origine, dès le temps de Romulus, patriciens, clients et plébéiens, votaient tous ensemble aux comices *curiates* (2) : la constitu-

(1) V. MOMMSEN, dans une dissertation de ses *Römische forschungen*, tome I. — WILLEMS, *Le Sénat romain*, tome II, page 59 ; *Le Droit public romain*, page 47, et s.

(2) DENYS. II, 7, 14 ; IV, 12 ; VI, 89, etc. — CICÉRON. *De rep.* II, 8 et 12 : *Pro Corn.* 23. — TITE-LIVE, I, 8, 13.

tion de Servius Tullius a eu pour effet non pas de donner le droit de suffrage à ceux qui ne l'avaient pas auparavant, mais simplement de modifier le mode de votation.

Et ce témoignage des auteurs latins est ici décisif, car comment cette idée de comices par curies patricio-plébéiens aurait-elle pu s'introduire chez eux, si ces assemblées avaient toujours été uniquement patriciennes?

2° Les curies étaient ouvertes aux plébéiens pour tout ce qui concernait les choses sacrées : ils prenaient part notamment à la fête des *fornacalia*, cela est certain (1). De plus, les plébéiens étaient éligibles aux fonctions de *curio* et de *curio maximus* (Tite-Live, XXVII, 8). Or, si les plébéiens participaient aux fêtes des curies, et surtout s'ils étaient éligibles aux fonctions sacerdotales, comment supposer qu'ils n'aient pas eu le droit de vote dans ces mêmes curies ? Celui qui a le *jus honorum* doit avoir nécessairement le *jus suffragii*.

Ajoutons que Tite-Live, dans le passage signalé plus haut (XXVII, 8), rapporte qu'en 545 (U. C.) un plébéien, Vitulus, fut élu *curio maximus* MALGRÉ

(1) OVIDE nous l'apprend dans les vers suivants :

*Stultaque pars populi, quæ sit sua curia, nescit
Sed facit extrema sacra relata die.*

(*Fastes II*, vers 529 et 530).

Il est bien certain que ces sots, dont parle Ovide, qui ignorent à quelle curie ils appartiennent et auxquels on réserve le dernier jour de la fête des *fornacalia*, ce ne sont pas des patriciens.

L'OPPOSITION DES PATRICIENS : or, le *curio maximus* était élu dans les comices curiates, et il est dès lors évident que si les patriciens seuls y avaient voté, Vitulus n'aurait pas pu être élu malgré eux.

3° Dans les auteurs latins, les assemblées des curies sont appelées, tout aussi bien que celles des centuries, *comitia populi* (1). Or, cette expression ne peut s'appliquer à une réunion exclusivement patricienne, car dans tous les auteurs anciens le mot *populus* désigne toujours l'ensemble de tous les citoyens, tant plébéiens que patriciens (2).

4° Cicéron, dans son deuxième discours contre Rullus (3), dit que le peuple votait deux fois sur l'élection de chaque magistrat : « *Majores de singulis* » « *magistratibus bis vos sententiam ferre voluerunt.* » Or, Cicéron n'aurait pas pu tenir ce langage si la *lex curiata* qui conférait l'imperium aux magistrats, avait été l'œuvre exclusive des patriciens ; dans cette hypothèse en effet, les plébéiens n'auraient voté qu'une seule fois, pour l'élection.

5° A une certaine époque, l'assemblée des curies a été remplacée par la réunion de trente licteurs ; et il est notoire que ces derniers étaient des plébéiens : or, si ces licteurs pouvaient représenter

(1) Cela ressort notamment du rapprochement de deux textes de CICÉRON *Pro Plancio* III, et *Pro Domo*, XIV.

V. aussi *Annales de Tacite* II, 41 ; AULU GELLE. XV, 27 ; FESTUS. v° *Sex Vestæ*.

(2) CICÉRON. *De Rep.* II, 8 ; II, 12. — AULU GELLE. X. 20. — GAIUS. I, § 3. — FESTUS, v° *Populi*.

(3) CICÉRON. *De Lege agraria*, 2° discours, XI.

valablement les comices par curies, ce n'est évidemment qu'en vertu du droit de vote qu'ils avaient dans ces comices. Il est certain, en effet, qu'on ne peut choisir pour représenter une assemblée que des gens ayant le droit de prendre part à cette assemblée.

6° Les droits de tester et d'adroger s'exerçaient devant les comices curiates, et pour les exercer il fallait nécessairement que le testateur et l'adrogeant eussent entrée dans ces comices.

Or, le droit de tester *calatis comitiis* était commun aux patriciens et aux plébéiens : comment croire en effet que le testament civil fût le privilège des patriciens lorsque l'on voit le testament militaire, c'est-à-dire le testament *in procinctu*, se faire devant les centuries, qui sont à la fois patriciennes et plébéiennes ?

Et de même les plébéiens avaient le droit d'adroger, car on trouve des cas où l'adoptant est plébéien, par exemple l'adrogation de Clodius (1).

Du moment que les plébéiens pouvaient adroger et tester *calatis comitiis*, cela implique nécessairement leur participation à ces comices.

7° Enfin, si l'assemblée des curies avait toujours été exclusivement patricienne, les auteurs latins n'auraient pas manqué de mentionner les transformations qu'auraient subies les comices *curiates* à la suite de la ruine du patriciat. Or ils sont absolument muets sur ce point.

(1) CICÉRON. *Pro Domo*, XIII.

X. — Ces arguments, dont la plupart ont été imaginés par Mommsen, sont loin d'avoir tous la même valeur, et il en est plusieurs que les adversaires de cette théorie n'ont aucune peine à réfuter.

Second système. — Mais avant d'entrer dans cette discussion, voyons d'abord quels sont les arguments directs, positifs, de ceux qui, comme Niebuhr et Fustel de Coulanges (1), prétendent que les comices par curies ont toujours été des assemblées exclusivement patriciennes.

Ces arguments sont au nombre de deux : un argument de raison, et un argument de texte.

Ces auteurs se fondent d'abord sur ce fait — (qui est en effet indiscutable et indiscuté, qui est un fait acquis à l'histoire) — que dans les comices *curiates* la prépondérance appartenait aux patriciens, et que les plébéiens n'y avaient aucune influence. Or, disent-ils, si les plébéiens avaient eu le droit de vote dans ces comices, ils n'auraient pas tardé au contraire à y devenir tout puissants, grâce à leur nombre : ce sont eux qui auraient dominé le patriciat au lieu d'être dominés par lui, et ils ne seraient pas restés pendant plusieurs siècles dans l'état d'infériorité que nous connaissons.

(1) NIEBUHR. *Hist. rom.* Traduction de GOLBÉRY, II, p. 39 et s. — FUSTEL DE COULANGES. *Cité antique*, p. 281. — MISPOULET. *Les Institutions politiques des Romains*, t. I, p. 196 et II, p. 152. — DEMANGEAT. I, p. 30.

Cette opinion est également défendue par BÉCKER, LANGE, HOFFMAN, etc.

Et à l'appui de ce raisonnement on invoque un texte de Cicéron que l'on prétend décisif : Cicéron (*De lege agraria*, 2^e discours, 11) parlant à la foule, c'est-à-dire aux plébéiens, leur dit en effet ceci : « *Curiatis eam (potestatem) comitiis, QUÆ VOS NON INITIS, confirmavit, tributa, quæ vestra erant sustulit.* »

Il est impossible, dit-on, d'indiquer d'une façon plus formelle que même à la fin de la République les plébéiens n'avaient pas accès aux comices *curiates*.

Et ce texte de Cicéron constitue en même temps une réponse victorieuse au principal argument des adversaires, quand ils prétendent que tous les auteurs latins sont *unanimes* à admettre la participation des plébéiens aux assemblées des curies.

Quant aux autres preuves invoquées par Mommsen, aucune n'est péremptoire, et il en est plusieurs dont on peut faire bon marché.

Il est évident par exemple qu'on ne peut tirer aucun argument du silence des auteurs latins relativement aux comices *curiates*, quand ils énumèrent les conséquences de la disparition du patriciat : ce silence s'explique aisément par ce fait, que les comices par curies avaient à cette époque perdu toute importance, et ne constituaient plus, en quelque sorte, qu'une formalité de procédure.

De même quand Mommsen affirme que les plébéiens ont toujours eu le droit d'adroger et de tester *calatis comitiis*, et que par suite, il fallait bien qu'ils eussent entrée dans ces comices, cet argument est loin d'être décisif, car il faudrait commencer par

établir que les plébéiens jouissaient effectivement des deux droits dont il s'agit, ce qui est formellement contesté. — C'est là, en effet, une question des plus controversées ; ceux qui prétendent que les plébéiens ont eu dès les premiers temps de Rome le droit d'adrogar et de faire leur testament dans les comices, ne peuvent s'appuyer sur aucun témoignage historique, et leur démonstration est loin d'être irréfutable.

Quant au fait que, vers la fin de la République, pour le vote des lois curiates, les comices par curies furent valablement représentés par trente licteurs (lesquels étaient toujours des plébéiens), il est vraisemblable que si on choisissait des licteurs pour cette formalité, c'est tout simplement parce qu'ils étaient agents de l'autorité publique, et non pas, comme on le prétend, parce qu'ils avaient le droit de vote dans les curies : l'affirmation contraire est une allégation sans preuve, que rien ne justifie.

Mais, dit-on, Cicéron s'adressant au peuple, lui rappelle que, jadis, il votait deux fois pour parfaire l'élection de chaque magistrat : « *Majores de singulis « magistratibus bis vos sententiam ferre voluerunt ;* » cette phrase prouve d'une manière précise la participation des plébéiens aux comices curiates, car elle serait inexacte si les patriciens seuls avaient pris part au vote de la *lex curiata* qui conférait l'imperium aux magistrats.

Cet argument est plus grave que les précédents, mais il n'est cependant pas sans réplique.

Et d'abord, quand même il serait vrai que la phrase de Cicéron ait la portée qu'on veut lui attribuer, la conclusion qu'on en tire ne serait pas irréfutable, car on pourrait lui opposer d'autres textes, notamment un passage de Tite-Live (I, 17) (1), et un autre de Denys d'Halicarnasse (II, 60) (2) : ces deux historiens croient, comme Cicéron lui-même, et comme tous les auteurs anciens, que les plébéiens votaient aux comices curiates ; mais ils n'admettent pas que le peuple votât deux fois pour l'élection du roi : ils disent que le roi était élu par l'assemblée générale du peuple (patriciens et plébéiens), et que l'élection n'était définitive que si les patriciens la confirmaient, *si patres auctores fierent*. La question de savoir ce que c'est exactement que l'*auctoritas patrum* est encore, il est vrai, une question très controversée : mais ce qui ressort bien de ces deux textes c'est que d'après Tite-Live et Denys d'Halicarnasse le second vote, qui confère l'*imperium* au roi, est l'œuvre des patriciens seuls et non pas du peuple entier : le peuple ne votait donc pas deux fois.

D'ailleurs la phrase de Cicéron n'a pas la portée qu'on voudrait lui donner, car il ne faut pas la prendre ainsi isolément, en la détachant du passage où elle figure. Il faut au contraire tenir compte des

(1) TITE LIVE, I, 17 : « ... Decreverunt (patres) ut cum populus regem jussisset, id sic ratum esset, si patres auctores fierent. »

(2) DENYS, II, 60. « τῶν πατριῶν ἐπικυρωσάντων τὰ δόξαντα τῷ πλῆθει ».

circonstances particulières dans lesquelles ce langage a été tenu : le tribun Rullus proposait une loi agraire, c'est-à-dire le partage des terres du domaine public entre les citoyens pauvres ; ce partage, d'après le projet de loi aurait été fait par des decemvirs, et Rullus proposait que l'élection de ces decemvirs fût confirmée par les comices curiates ; — dans le discours qui nous occupe, Cicéron, qui était alors consul, fait tous ses efforts pour faire rejeter le projet de loi de Rullus, et il est dès lors facile de comprendre que, comme tout avocat qui plaide une cause, il ait été porté à exagérer un peu les choses : il serait donc tout naturel qu'il ait exagéré un peu les droits du peuple, pour qu'il lui soit plus facile de prétendre ensuite que ces droits étaient méconnus et violés par son adversaire, le tribun Rullus : c'est en effet ce qu'il prétend dans la suite de son discours. Par conséquent, quand même il serait vrai que Cicéron ait entendu affirmer dans ce passage que jadis les plébéiens votaient deux fois pour l'élection des magistrats, il faudrait ne voir là qu'une exagération oratoire, sans aucune portée historique.

Mais il y a plus, et le contexte de ce passage prouve que la pensée de Cicéron n'a pas pu être celle qu'on lui prête, car, quelques lignes plus loin (1), il dit formellement aux plébéiens qu'ils ne

(1) Voici, du reste, le texte entier du paragraphe XI, *De Lege agraria*, 2^e discours :

« Majores de omnibus magistratibus bis vos sententiam ferre vo-

font pas partie des comices curiates : « *curiatis comitiis... quæ vos non initis.* » C'est en effet dans ce même discours, et quelques lignes seulement plus loin, que se trouve ce texte décisif, qui est la négation formelle que les plébéiens aient jamais participé aux comices par curies. Il est inadmissible que Cicéron se soit contredit à quelques secondes à peine d'intervalle.

Quant à la preuve que Mommsen prétend tirer du sens du mot *populus*, elle n'est pas davantage concluante; en effet, s'il est vrai que dans beaucoup de textes le mot *populus* désigne l'ensemble des patriciens et des plébéiens, il en est d'autres où ce même mot *populus* est pris comme antithèse à celui de *plebs*. Ainsi Macrobe (*Saturnales*, I, 17), dit ceci : « ... *Prætor qui jus populo plebique dabit* » ; et Cicéron lui-même s'exprime ainsi en rappelant, au début de son discours *pro Murena*, l'invocation que faisait le consul présidant les comices centuriates, avant d'annoncer le résultat des élections : « *Luce*
« *deprecatus a diis immortalibus sum, judices, more*
« *institutoque majorum, illo die quo, auspicato co-*
« *mitiis centuriatis, L. Murænam consulem renun-*

« *luerunt. Nam quum centuriata lex censoribus ferebatur, quum*
« *curiata ceteris patriciis magistratibus; tum iterum de eisdem judi-*
« *cabatur, ut esset reprehendendi potestas, si populum beneficii sui*
« *pœniteret Nunc quia prima illa comitia tenetis, centuriata et tributa;*
« *curiata tantum auspicioꝝ causa remanserunt. Hic autem tri-*
« *bunus plebis, quia videbat, potestatem neminem injussu populi*
« *aut plebis posse habere, curiatis ea comitiis, quæ vos non initis con-*
« *firavit : tributa, quæ vestra erant, sustulit, etc.* »

« *tiavi; ut ea res mihi magistratuque meo, populo
plebique Romanæ bone atque feliciter evenerit* » (1).

Et il ne serait pas exact de dire que cette locution *populus plebsque romana*, constitue un simple pléonasmе destiné uniquement à donner plus d'ampleur à la phrase : il est clair que dans ces textes les deux mots *populus* et *plebs* sont employés comme deux expressions absolument distinctes qu'on veut opposer l'une à l'autre.

Enfin, s'il est vrai (et en effet ce point ne peut faire doute) que les plébéiens participaient aux fêtes religieuses et étaient éligibles aux fonctions sacerdotales des curies, la seule conclusion qu'on puisse raisonnablement en tirer, c'est qu'ils étaient peut-être électeurs pour ces mêmes dignités, c'est-à-dire qu'ils votaient peut-être dans les assemblées religieuses des curies : mais de là il ne s'ensuit pas du tout qu'ils aient eu le droit de vote dans les assemblées politiques des curies, car ce sont deux choses complètement différentes. — Et l'élection de Vitulus comme grand curion — élection qui d'après Tite-Live fut faite malgré les patriciens — ne prouve pas davantage que les plébéiens votaient dans les comices curiates, car ce n'est pas dans ces comices, mais bien dans les comices par tribus que le *curio maximus* était élu (2).

(1) CICÉRON. *Pro Murena* I. — V. aussi TACITE. *Annales* I, 8, et TITE-LIVE, XXV, 12, et XXIX, 27.

(2) En effet, dit-on, il faut remarquer que nous ne connaissons pas de grand curion élu avant 545 (U. C. et à cette époque les comices

Les partisans de ce second système concluent donc que aucune des preuves invoquées par la première opinion n'est décisive, et rejetant la tradition des auteurs anciens, ils prétendent que les comices par curies ont toujours été une assemblée exclusivement patricienne.

XI.—TROISIÈME SYSTÈME.—Cette troisième opinion est, nous l'avons dit, une opinion éclectique.

Certains auteurs (1) estiment que les arguments invoqués par le premier système prouvent d'une manière irréfutable que, sous la République, les plébéiens avaient le droit de vote dans les comices curiates; mais, selon eux, ces arguments ne prouvent nullement qu'il en ait été ainsi dès l'origine; et alors

par curies n'avaient plus aucune importance effective : ce n'était plus qu'un vain simulacre.

De plus, il paraît bien certain que le grand pontife était élu dans les comices par tribus (TITE LIVE. XXV, 5; CICÉRON. *De lege agraria*, 2^e discours, 7), or, il n'y a aucune raison pour faire élire le grand curion par une autre assemblée que le grand pontife, dont la tradition était certainement plus patricienne encore que celle du *curio maximus*.

(1) BELOT. *Hist. des Chevaliers romains*, t. I, p. 124 et s., 190 et 379.
— BOUCHÉ-LECLERCQ. *Manuel des Institutions romaines*, p. 21. — MOMMSEN. *Le Droit public romain*, traduction Girard, t. VI, 1^{re} partie, p. 102.

Dans cet ouvrage Mommsen se rallie, en effet, à cette troisième opinion : pour les premiers temps de Rome, il refuse aux plébéiens le droit de vote aux comices curiates, et il prétend que c'est seulement à une époque postérieure qu'ils y furent admis.

Au contraire, dans un autre de ses ouvrages, où il traite plus longuement cette question (ses *Romische forschungen*, ouvrage que nous avons mentionné page 28, note 1). Mommsen semble bien partisan du système qui admet que les plébéiens ont eu dès l'origine accès aux comices curiates.

les raisons invoquées par Niebuhr et son école subsistent avec toute leur valeur pour les premiers temps de Rome. — Ces auteurs admettent donc qu'à l'origine les comices par curies étaient composés uniquement de patriciens, et que c'est seulement plus tard que les plébéiens y furent admis.

Quant à savoir à quelle époque cette transformation se serait opérée, aucun témoignage historique ne permet de le préciser, et on en est réduit aux conjectures : Mommsen se contente de dire que l'admission des plébéiens aux comices curiates est postérieure à la création des comices centuriates ; Belot (1) suppose que cette transformation a eu lieu au moment de la réforme des comices centuriates, c'est-à-dire vers 240 avant J.-C. Clason (2) pense que c'est à la suite de la loi Ogulnia (300 av. J.-C.). Mais ce sont là de simples hypothèses.

XII. — Telles sont les trois opinions principales (3) qui ont été émises sur la question de savoir si les plébéiens prenaient part aux comices par curies.

Maintenant de quel côté est la vérité ?

(1) BELOT. *Histoire des Cheval. rom.*, t. I, p. 379.

(2) Clason, *Krit. Erörterer*, p. 3 à 30 (cité par Willems, *Dr. public romain*, p. 48).

(3) Citons, en outre, pour mention seulement, l'opinion de Herzog (*Philologus*, XXIV, p. 396 310, cité par Willems, *Dr. public romain*, p. 48), d'après laquelle les plébéiens auraient dès l'origine fait partie des comices par curies, mais leur rôle se bornant à une présence purement passive. Cette opinion est restée isolée.

L'hésitation est certainement permise, mais l'hypothèse qui nous paraît la plus vraisemblable est celle du premier système, qui admet que les plébéiens ont toujours eu le droit de vote dans nos comices.

En effet, d'abord en ce qui concerne l'opinion éclectique, d'après laquelle les plébéiens exclus à l'origine des curies, y auraient été admis plus tard, ce système nous paraît difficilement acceptable, parce que les annalistes ne parlent nulle part d'une semblable transformation : il nous semble que ce silence des auteurs latins n'a pas seulement pour conséquence l'impossibilité d'assigner une date à ce prétendu changement, mais encore qu'il rend très problématique le fait même de ce changement : il est évident en effet, que si cette introduction postérieure des plébéiens dans les curies avait eu lieu, elle aurait été provoquée par les plaintes de la plèbe, et il serait inadmissible que ces justes réclamations n'aient eu aucun écho dans les ouvrages des auteurs anciens. — Nous pensons donc qu'il est préférable d'admettre ou bien que les plébéiens ont toujours fait partie des curies, ou bien qu'ils en ont toujours été exclus.

Entre ces deux dernières hypothèses on a le droit d'hésiter, mais nous préférons la première.

En effet, les arguments à l'aide desquels Niebuhr et ses partisans prétendent prouver que les comices curiates ont toujours été exclusivement patriciens, sont loin d'être sans réplique.

La réponse à leur argument de texte « *comitiis curiatis.... quæ vos non initis* » est bien facile : en effet, il faut d'abord remarquer que ce texte n'est pas établi d'une façon certaine ; au lieu de : « *comitiis curiatis.... quæ vos NON INITIS* » les éditions Nisard et Panckoucke font dire à Cicéron : « *curiatis ea comitiis.... quæ vos non SINITIS* », et Zumpt lui fait dire : *quæ vos non scistis* (1). Dans ces deux hypothèses l'argument disparaît de lui-même.

Mais même si on accepte pour certain le texte.... « *quæ vos NON INITIS* », qui est, il faut le reconnaître, la leçon la plus accréditée (c'est la leçon d'Orelli), même dans ce cas, ne serait-il pas évident qu'en tenant ce langage, Cicéron ferait simplement allusion au caractère fictif des comices curiates dans le dernier siècle de la République : on sait qu'au temps de Cicéron, les comices par curies étaient représentés par la réunion de trente licteurs, et que, en réalité les citoyens n'assistaient plus à ces réunions, c'est évidemment à ce fait que Cicéron ferait allusion, et ce texte ne veut nullement dire que d'une manière générale les plébéiens n'ont jamais participé aux comices curiates.

Quant à l'argument que Niebuhr tire de cet autre fait (qui, lui, est acquis à l'histoire), que dans les comices par curies la prépondérance a toujours appartenu aux patriciens, il a une valeur beaucoup plus grande : il semble bien, en effet, à première vue,

(1) V. ORELLI. *Cicéronis opera*, t. 2. p. 617, texte et note 9.

que si les plébéiens avaient voté dans ces comices, ils auraient dû rapidement y dominer le patriciat, grâce à leur supériorité numérique.

Mais si cet argument est grave, il n'est pas sans réplique. Il ne faut pas oublier que les magistrats et le Sénat avaient la haute main sur les comices curiates, et qu'à l'époque où florissaient ces comices, ces pouvoirs étaient patriciens ; les curies ne pouvaient se réunir que sur la convocation d'un patricien, et leur rôle se bornait à adopter ou à rejeter la *rogatio* proposée par un magistrat également patricien.

Enfin, si on adopte sur l'*auctoritas patrum* l'opinion qui nous paraît la plus vraisemblable, les décisions des curies n'avaient force de loi que si elles étaient ratifiées par le Sénat, lequel resta fermé aux plébéiens jusqu'au V^e siècle avant J.-C.

Ajoutons que, au moyen des auspices, les patriciens disposaient encore d'un pouvoir considérable pour la tenue des comices.

Enfin, même au point de vue numérique, il faut songer que, si on admet les plébéiens dans les curies, il faut *a fortiori* y admettre les clients, et que ceux-ci votaient par devoir dans le même sens que leur patron ; la supériorité numérique de la plèbe, surtout au début, n'était donc pas aussi grande qu'on serait tenté de le croire ; et d'ailleurs on peut concevoir qu'un mécanisme quelconque du vote ait pu paralyser cette supériorité, si elle existait.

On peut donc expliquer d'une manière très satis-

faisante que les patriciens aient conservé la prépondérance dans les comices curiates, bien que les plébéiens y aient voté dès l'origine. Il n'y a rien d'impossible à cela.

Quant aux arguments du premier système, si tous ne sont pas décisifs, il en est un au moins qui, au milieu des incertitudes qui règnent sur cette matière, nous paraît avoir une importance particulière : c'est celui qui est basé sur le témoignage des auteurs latins qui, tous, nous représentent les patriciens et les plébéiens comme ayant toujours voté ensemble aux comices curiates. Ce témoignage des auteurs anciens peut, avec quelque raison, paraître concluant, car comment cette idée de comices par curies patricio-plebéiens se serait-elle introduite dans leurs ouvrages si ces comices avaient toujours été exclusivement patriciens, même sous la République !

Et en outre ne serait-il pas fort possible que ces auteurs aient eu à leur disposition des documents qui ne nous soient pas parvenus, et par exemple qu'ils aient trouvé des renseignements dans les livres des pontifes et des augures que nous n'avons pas.

La tradition a donc ici une importance particulière, et quant aux autres arguments invoqués à l'appui, s'ils ne sont pas décisifs, ils constituent au moins pour la plupart des présomptions plus ou moins fortes en faveur de l'opinion à laquelle nous nous rallions.

Notre conclusion est donc qu'à l'heure actuelle,

on ne sait pas encore d'une manière certaine si les plébéiens avaient le droit de vote dans les comices par curies, mais que l'hypothèse qui nous paraît la plus vraisemblable est celle qui leur reconnaît ce droit et cela dès l'origine de Rome.

XIII. — Nous avons dit qu'entre les patriciens et les plébéiens, il y avait à Rome, du moins dans les premiers temps, une classe intermédiaire, celle des clients, qui d'un côté tenaient à la plèbe par leur origine, et de l'autre se rattachaient aux patriciens par une série de droits et d'obligations réciproques.

CES CLIENTS ENTRAIENT-ILS DANS LA COMPOSITION DES COMITIA CURIATA ?

L'incertitude est ici presque aussi grande que pour les plébéiens, il faut dire cependant que les auteurs qui refusent absolument aux clients l'entrée de nos comices (1) sont cette fois en très grande minorité : il en est en effet plusieurs qui n'admettent pas les plébéiens dans les assemblées curiates, et qui y admettent au contraire les clients (2).

Mais si on pense généralement que les clients assistaient aux comices par curies, une opinion très accréditée leur refuse le *jus suffragii* dans ces assemblées : ils n'y jouaient, dit-on, qu'un rôle purement passif, un rôle consultatif : le patron pouvait

(1) DUPOND. *La Constitution et les magistratures de la République*, p. 23. — NIEBUHR. *Hist. rom.* Traduction de GOLBERY, t. II, p. 41.

(2) FUSTEL DE COULANGES. *Cité antique*, p. 275. — BELOT. *Hist. des chev. rom.*, I, p. 125. — MISPOULET. *Inst. pol. des R. I.*, p. 21.

prendre leur avis avant de voter, mais seul il votait (1). — A l'appui de cette opinion, on invoque l'esprit aristocratique de la vieille Rome, et l'état d'infériorité, et en quelque sorte de domesticité (2) dans lequel se trouvait le client vis-à-vis de son patron; et dans ces conditions on considère comme inadmissible que la voix du dernier des clients ait pu avoir la même valeur que celle du plus illustre des patriciens.

Quant à nous, comme tous ceux qui accordent aux plébéiens le *jus suffragii*, nous serons porté à l'accorder également aux clients.

Mais une chose nous paraît certaine, c'est que si le client avait le droit de vote, il était obligé de voter dans le même sens que son patron. En effet, Denys d'Halicarnasse nous dit formellement que « les dieux aussi bien que la loi défendaient au client et au patron, ni de se porter accusateur l'un de l'autre, ni de porter un témoignage l'un contre l'autre, *ni d'émettre un vote opposé*... η ψηφον εναντιαν φερειν » (3). Si le patron et les clients ne pouvaient émettre des suffrages contraires, il est de toute

(1) FUSTEL DE COULANGES. Loc. cit

(2) Cette expression est de MOMMSEN, *Hist. rom.*, I., p. 85. MOMMSEN dit que le client faisait partie de la domesticité (c'est-à-dire de la *familia*) de son patron, et qu'il y prenait rang immédiatement au-dessus de l'esclave.

(3) DENYS D'HALICARNASSE. II, 10 : « Κοινῇ δ' ἀμφοτέροις οὐθ' ὅσιον, οὔτε θέμις ἦν κατηγορεῖν ἀλλήλων ἐπὶ δίκαις, ἢ καταμαρτυρεῖν, ἢ ψηφον ἐναντιαν ἐπιφέρειν, ἢ μετα τῶν ἐχθρῶν ἐξεταζεσθαι.

évidence que ce sont les clients qui devaient conformer leur vote à celui de leur patron.

Et cette affirmation de Denys doit nous inspirer confiance, car loin d'être contredite par aucun autre texte, elle cadre au contraire parfaitement avec tout ce que les auteurs latins nous apprennent sur la clientèle et sur la dépendance des clients à l'égard de leur patron (1).

Il est superflu de faire remarquer combien ce concours de leurs clients devait être précieux pour les patriciens, dans leurs luttes contre la plèbe, et nous avons vu dans la controverse précédente, que c'est là un des principaux arguments à l'aide desquels on explique que le patriciat ait pu toujours conserver la prépondérance dans les comices curiates, bien que les plébéiens y aient eu le droit de vote ; surtout pour les premiers temps de Rome, cet argument a une grande valeur, car à cette époque, la clientèle était très répandue, tandis qu'au contraire les plébéiens proprement dits étaient peu nombreux : dans la suite c'est l'inverse qui se produisit, et la clientèle disparut peu à peu.

En résumé, l'hypothèse qui nous paraît la plus vraisemblable sur la composition des comices curiates est celle qui considère ces comices comme des assemblées générales du peuple romain, dans lesquelles tous, patriciens, plébéiens et clients, avaient le droit de vote ; mais avec cette restriction que les

(1) V. notamment AULU-GELLE. V, 13.

clients étaient obligés de voter dans le même sens que leur patron.

XIV. — Les femmes et les impubères n'avaient pas entrée dans les comices par curies ; nous n'avons pas à insister ici sur cette double exclusion, car elle n'a rien de spécial aux comices curiates : à aucune époque en effet de l'histoire romaine, pas plus au temps des comices centuriates que des comices par tribus, les femmes ni les enfants n'ont eu l'exercice des droits politiques. Cette incapacité n'a du reste rien de choquant, et elle se retrouve dans toutes les législations anciennes et modernes.

Mais on a prétendu que les SEXAGÉNAIRES étaient également exclus des comices romains.

Si cette opinion était fondée, ce serait cette fois un trait bien spécial à la législation romaine, car on ne trouve certainement rien de pareil dans le droit public d'aucune autre nation.

Pour soutenir que à partir de 60 ans le citoyen n'avait plus le droit de vote dans les assemblées du peuple, on se fonde sur deux textes de Festus :

1° V° *Sexagenarii* : « *Sexagenarios de ponte olim de jiciebant.* » — Et 2° V° *Depontani* : « *Depontani senes appellabantur qui sexagenarii de ponte de jiciebantur.* »

On prétend que cette expression *Depontani* fait allusion à la disposition matérielle de la partie du Champ de Mars, qui était réservée aux comices centuriates : cette enceinte avait en effet un nombre

d'entrées égal au nombre de centuries qui devaient voter en même temps, et chacune de ces entrées était assez étroite pour ne laisser passer à la fois qu'un seul électeur, lequel déposait son suffrage au moment où il la franchissait : ce sont ces entrées qu'on appelait *pontes*, bien qu'elles n'eussent rien qui les fit ressembler à de véritables ponts. — Si, dit-on, les *sexagenarii* étaient appelés *depontani*, c'est parce que l'entrée de ces *pontes* leur était refusée.

Et à l'appui de ces deux textes de Festus on en invoque un autre de Macrobe (*Saturnales*, I, 5) qui est, dit-on, tout aussi formel (1).

On ajoute que cette exclusion des *sexagenarii* s'explique par la corrélation étroite, ou pour mieux dire par l'identité absolue qui existait à Rome entre l'armée et la société civile. — Certains auteurs, comme Ihering, nous l'avons vu, prétendent en effet que, à Rome, la composition des comices a toujours été identique à celle de l'armée, et que cette proposition est vraie pour toute époque, pour les comices

(1) Macrobe, *Saturnales*, I, 5. « Et heus tu hisne tam doctis viris
« adimere vis in verborum comitiis jus suffragandi ?
« Et tanquam sexagenarios majores de ponte déjicies ? »

On invoque aussi un passage de Cicéron (*Pro S. Roscio*, d'Amerrie, XXXV) ; mais loin d'éclairer le problème, ce texte nous paraît au contraire l'obscurcir : en effet, après avoir énuméré les assassinats dont Capito s'était rendu coupable, et avoir dit que cet homme avait tué un grand nombre de personnes tantôt avec le fer, tantôt avec le poison. Cicéron continue ainsi, en parlant toujours de ce même Capito : « Habeo etiam dicere quem, contra morem majorum, « minorem annis LX, de ponte *in Tiberim*, dejecerit. »

par curies aussi bien que pour les comices par centuries. Pour ces auteurs, ceux-là seuls peuvent prendre part au vote qui sont en état de porter les armes, et le citoyen romain étant exclu de l'armée à soixante ans, il est tout naturel qu'il se voie refuser en même temps l'entrée des comices.

Enfin il nous semble que pour soutenir cette opinion, on pourrait encore faire remarquer que la fixation d'une limite extrême d'âge pour l'exercice des droits politiques n'aurait en soi rien d'absolument déraisonnable, car — quel que soit le profond respect que l'on doive aux vieillards — on est bien obligé de constater qu'à partir de certaines limites, la vieillesse entraîne forcément un affaiblissement des facultés intellectuelles. C'est pour cette raison que dans toutes les nations, même les plus civilisées, nous voyons fixer une limite d'âge pour tous les emplois publics; et arrivés à cette limite, les fonctionnaires sont « mis à la retraite », c'est-à-dire, en réalité, sont déclarés incapables de remplir ces fonctions publiques. Ne pourrait-on dès lors concevoir que dans le même ordre d'idées et pour les mêmes motifs, une limite d'âge ait pu être fixée à Rome pour l'exercice des droits politiques ?

Tout en reconnaissant que cette hypothèse ne présente en effet rien d'absolument déraisonnable pour la législation romaine, nous ne pouvons nous résoudre à l'accepter. Nous ne pouvons croire qu'on ait ainsi écarté des comices les *sexagenarii*, c'est-à-dire ceux-là même qui pouvaient y faire entendre la

voix de l'expérience, et qui par suite devaient y avoir le plus d'autorité. Cette hypothèse nous paraît inadmissible alors surtout que nous voyons ces mêmes vieillards composer le Sénat, et remplir très souvent dans l'État romain les plus hautes fonctions.

Quant au motif basé sur l'identité qui aurait toujours existé à Rome entre l'armée et les assemblées politiques, nous savons que les auteurs qui l'invoquent ont beaucoup exagéré ce caractère militaire des comices ; et nous savons que, spécialement en ce qui concerne les comices par curies, c'est là une conjecture de pure imagination et qu'aucun texte ne justifie.

Nous pensons donc avec Becker (1), que l'interprétation que l'on a voulu donner aux textes de Festus et de Macrobe (2), est inexacte et provient d'un malentendu, et que si les *sexagenarii* ont été appelés *depontani*, ce ne peut pas être parce que le pont du scrutin leur était interdit. Il résulte en effet d'un passage formel de Cicéron (*Post reditum, in senatu XI*) (3) que les vieillards votaient dans les

(1) BECKER *Handbuch*. II, 1, p. 216, note 443, (Cité par MADVIG. *L'État romain*, I, p. 123).

(2) Il faut noter aussi que ces deux auteurs vivaient l'un au IV^e, et l'autre au V^e siècle après J.-C., c'est à dire plusieurs siècles après la disparition des comices.

(3) Dans ce texte Cicéron rappelle que le jour où Lentulus a convoqué les comices (centuriates) pour le faire revenir d'exil, aucun citoyen, *quel que fût son âge ou l'état de sa santé*, n'a voulu se dispenser de venir voter : « quo die quis civis fuit, qui fas esse putaret, *quacumque aut ætate aut valetudine esset*, non se de salute « mea sententiam ferre ? »

comices : et Cicéron, lui, est contemporain de ces assemblées populaires et par conséquent sait parfaitement ce qui s'y passait.

Enfin pour terminer ce qui concerne la composition de nos comices, remarquons que le fils de famille y a toujours eu le droit de vote, et a toujours été à ce point de vue sur le pied d'égalité avec le *paterfamilias*.

Il est vrai que dans le domaine du droit privé le fils de famille, comme tous les *alieni juris*, n'avait pas de personnalité juridique distincte de celle de son père : il était soumis à la *patria potestas* et par suite, pour le droit civil, il se trouvait dans la dépendance la plus étroite à l'égard du *paterfamilias*. Mais la *patria potestas* est une institution domestique qui n'a aucun effet en dehors du groupe familial ; et au point de vue du droit public, il est certain que le fils de famille pubère a toujours été absolument indépendant et a toujours eu le libre exercice de tous les droits politiques (1).

§ 2. — *Fonctionnement des comices curiates*

XV. — Les *comitia curiata* sont les assemblées les plus anciennes du peuple romain ; mais à la différence des assemblées primitives des Grecs, qui, d'après les récits d'Homère, ne devaient être que

(1) *Au Digeste, De his qui sui, vel alieni juris sunt, I, VI, loi 9 :*
« Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat, vel tutor detur. » (POMPONIUS).

des réunions tumultueuses, sans aucune forme régulière, au contraire ces assemblées romaines sont déjà réglementées d'une manière très précise, et tout s'y passe dans les formes les plus solennelles.

CONVOCATION. — Ces comices ne peuvent être convoqués que par le magistrat qui doit les présider, c'est-à-dire sous la royauté par le roi (1) ou l'interroi, et sous la République par un magistrat ayant le *jus agendi cum populo*.

Les citoyens sont appelés non pas à son de trompette comme cela se passera pour les comices centuriates, mais individuellement, *nominatim*, par le *lictor curiatus* (2).

La convocation doit être faite au moins un *trinundinum* d'avance (3) : le *trinundinum* est l'intervalle qui s'écoule entre trois marchés successifs : les marchés (les *nundinæ*), ayant lieu à Rome tous les neuf jours, un *trinundinum* équivaut donc à dix-sept jours (4).

(1) DENYS. II, 14. Le roi pouvait se faire remplacer par le tribunus celerum. — TITE-LIVE. I, 59. — DENYS. IV, 71.

(2) AULU-GELLE. XV, 27. — DENYS. II, 8.

(3) CICÉRON. *De Domo.*, XVII. — TITE-LIVE. III, 35. — MACROBE *Saturnales*, I, 16, etc.

(4) BOUCHÉ-LECLERCQ. *Man. des Inst. romaines*, p. 111. — Contra : MOMMSEN, *Le Droit public romain*. Traduction de GIRARD, t. VI, 1^{re} partie, p. 430. — Mommsen entend par *trinundinum*, non pas l'intervalle qui sépare trois *nundinæ*, mais la durée de trois *nundina*, le *nundinum* étant selon lui, une semaine de huit jours. D'après Mommsen, il aurait donc fallu qu'il y eût entre la convocation et le jour de la réunion, un intervalle d'au moins vingt-quatre jours.

Mais cette opinion ne nous paraît pas la plus vraisemblable,

Le jour fixé pour la tenue des comices doit être non seulement un *dies fastus*, mais encore un *dies comitialis* (1). Ce sont les pontifes qui déterminaient les *dies comitiales*; mais nous ne connaissons pas les règles qu'ils suivaient pour cette fixation. Nous savons seulement que les jours où les comices pouvaient délibérer, ne devaient pas être très nombreux, car dans l'année, il y avait à peine 230 jours fastes, sur lesquels 40 n'étaient pas *comitiales*; et encore il arrivait souvent que certains jours qui auraient dû être *comitiales*, étaient rendus néfastes par les magistrats ou les pontifes qui les choisissaient pour célébrer certaines fêtes mobiles, ou bien certaines fêtes extraordinaires instituées pour une circonstance spéciale, par exemple les *Compitalia* ou les fêtes latines (2).

XVI. — *Tenue des comices*. — Les comices ne pouvaient se réunir que dans un lieu inauguré, où l'on puisse prendre les auspices, ce que les textes appellent un *templum*. A la différence des comices cen-

parce que le mot *nundinum* (pour désigner une semaine de huit jours, ne se trouve dans aucun texte latin : c'est une création de Mommsen qui ne le propose du reste que comme une hypothèse. — Au contraire, le mot *nundinæ*, pour désigner le marché de Rome est très usuel dans les auteurs anciens. Il nous paraît donc plus naturel de rattacher à ce mot *nundinæ* l'expression *trinum nundinum*, ou *trinundinum*, et de dire avec la majorité des auteurs que le *trinundinum* est l'espace qui s'écoule entre trois *nundinæ*.

(1) VARRON. *De l. l.* VI, 29.

(2) MACROBE, *Saturnales*, I, 16. VARRON. *De l. l.* VI, 29.

turiates, les comices curiates s'assemblaient toujours dans l'intérieur du *pomærium*. L'endroit habituel (1) de leur réunion était une portion du *Forum* appelée le *Comitium* : c'était un espace non couvert, mais clos, situé à côté du marché de Rome, et sur lequel se trouvait également l'édifice affecté aux réunions du Sénat, la *Curia* (2).

L'assemblée est présidée par le roi ou le magistrat qui l'a convoquée.

Le premier soin du président doit être, avec l'aide d'un augure, de prendre les auspices (3). Si les auspices sont défavorables, l'assemblée est renvoyée à un autre jour, et l'augure la dissout par la formule célèbre : *ALIO DIE*. C'est ce que l'on appelait l'*obnuntiatio*.

D'ailleurs l'apparition de présages fâcheux, tels qu'un orage, un cas d'épilepsie, etc., fait dissoudre les comices même quand ils sont déjà en séance, du moment que le vote n'est pas terminé.

Ce droit des augures de pouvoir empêcher ou dissoudre ainsi à tout instant les comices, était certainement à l'origine la conséquence des scrupules religieux des premiers Romains ; mais ce droit de dissolution perdit bientôt ce caractère

(1) Quant aux *comitia calata*, ils se réunissaient non pas dans le *comitium*, mais au Capitole, devant l'édifice des pontifes, la *Curia Calabra*.

(2) MOMMSEN. *Le Dr. publ. rom.* Trad. de GIRARD, t. VI, 1^{re} partie, p. 435.

(3) TITE-LIVE. III, 20.

religieux, et devint dans la main des augures — qui étaient patriciens (1) — une arme politique dont ils se servirent souvent pour prévenir dans les comices des décisions contraires aux intérêts de leur caste.

C'est là une des raisons qui peuvent contribuer à expliquer que les patriciens aient toujours conservé la prépondérance dans nos comices, bien que les plébéiens y aient eu le droit de vote : en effet quand les augures voyaient que le vote allait être contraire aux désirs des patriciens, rien ne leur était plus facile que de dissoudre l'assemblée, en déclarant par exemple qu'ils venaient d'entendre un coup de tonnerre. Il est certain que ce droit a été d'un grand secours pour la puissance patricienne.

Quand les auspices étaient favorables, le président ouvrait la séance en adressant aux dieux des prières solennelles (2). Puis il donnait lecture de la proposition sur laquelle les comices allaient être appelés à voter. Cette proposition était toujours présentée sous la forme d'une *rogatio*, c'est-à-dire d'une interrogation solennelle.

Les curies n'ont pas le droit d'amendement : elles ne peuvent qu'adopter ou rejeter la *rogatio* : dans le premier cas, les citoyens y répondent affirmativement (*ut rogas*) ; dans le second, ils y répondent négativement par la formule de rejet (*antiquo*).

(1) Le collège des augures resta en effet fermé aux plébéiens, jusqu'à la loi Ogulnia (454, U. C.).

(2) CICÉRON. *Pro Plancio*, 6 ; *Pro Murena*, I.

XVII. — *Façon de voter.* — C'est à la majorité des curies que la décision est prise. — En effet, dans aucune de leurs assemblées populaires, les romains n'ont mis en pratique le suffrage universel direct, en tant qu'il consiste à additionner purement et simplement les votes des citoyens. A Rome le suffrage a toujours été collectif; c'est-à-dire que pour le vote le citoyen était considéré comme membre d'un groupe, et que c'étaient les suffrages des groupes et non les suffrages individuels, que l'on comptait pour établir la majorité.

Dans les comices par curies — comme leur nom l'indique — le groupe qui constitue l'unité pour le vote, c'est la curie.

Chacune des trente curies a une voix : par conséquent le peuple romain réuni en comices curiates, délibère par 30 voix seulement, et la majorité est par suite de 16. Mais il faut remarquer que le nombre des curies étant un nombre pair, les suffrages pouvaient se partager également, 15 contre 15. Les textes latins ne prévoient pas cette difficulté : nous ne savons donc pas d'une manière certaine comment les choses se passaient en pareil cas ; mais il nous paraît probable qu'un semblable vote devait avoir pour conséquence le rejet de la *rogatio*, car partout en général, la majorité est nécessaire pour sortir du *statu quo*.

Quoi qu'il en soit, cette possibilité d'un partage égal des voix constitue un des principaux arguments de ceux qui prétendent que la division en curies est une

division essentiellement militaire, qui n'a été appliquée que d'une façon accessoire aux assemblées politiques (1) : ils ont en effet beau jeu à dire que si les curies avaient été réellement instituées en vue des comices, on en aurait créé un nombre impair, afin d'assurer toujours en faveur d'une des deux opinions en présence, ou de l'un des candidats en concours, une majorité d'au moins une voix. — Il est incontestable, en effet, qu'à ce point de vue, l'organisation des curies est défectueuse.

C'est le sort qui détermine l'ordre dans lequel les curies sont appelées à voter, et cela sans distinguer si elles appartiennent à la tribu des Ramnes, des Tatienses ou des Luceres : la curie qui est appelée à voter la première est désignée sous le nom de *principium* (2). Dès que 16 curies ont voté dans un même sens, et que par suite la majorité est acquise à cette opinion, les curies qui restent ne sont plus consultées (3). Cette règle a toujours été suivie dans tous les comices romains sans exception.

Telle est la façon dont votent les curies : mais comment se forme la voix de chacune d'elles ?

Niebuhr (4) conclut d'un passage de Lœlius Félix,

(1) V. *Supra*, p. 25, note 1. — V. aussi MOMMSEN. *Hist. rom.* Trad. d'ALEXANDRE, t. I, p. 98.

(2) TITE-LIVE. IX, 38... « *Fauzia curia fuit principium*... »

(3) ORTOLAN. *Hist. de la législation rom.*, n° 29.

(4) NIEBUHR. *Histoire romaine*. Traduction de DE GOLBÉRY, t. II, p. 40.

rapporté par Aulu-Gelle (1), que dans l'intérieur de la curie, le vote se faisait par *gentes* : chaque *gens* aurait eu une voix, et le suffrage de la curie aurait été déterminé par la majorité des suffrages des *gentes*.

Cette opinion ne nous paraît pas fondée, parce qu'il nous paraît impossible, dans le texte d'Aulu-Gelle, de traduire *ex generibus* comme s'il y avait *ex gentibus*. D'ailleurs, pour comprendre le véritable sens des mots : « *cum ex generibus hominum suffragium feratur, curiata comitia esse* », il suffit de ne pas les séparer de la suite du texte : « *cum ex censu et ætate, centuriata; cum ex regionibus et locis, tributa* ».

Ce rapprochement montre d'une manière évidente que ce que Aulu-Gelle veut simplement dire, c'est que, dans les comices par curies les votants sont groupés d'après leur origine (2), comme ils le sont d'après le cens et leur âge dans les comices centuriates, et d'après leur domicile dans les comices par tribus. Le texte ne dit rien de plus, et ne saurait constituer la preuve que dans l'intérieur des curies on votait par *gentes*.

Mais alors comment votait-on ?

Quant on admet que les plébéiens avaient le droit

(1) AULU-GELLE, XV, 27. « Item in eodem libro (Lœlii « Felicis) hoc scriptum est : « *cum ex generibus hominum suffragium feratur, curiata comitia esse; cum ex censu et ætate, centuriata; cum ex regionibus et locis, tributa.* »

(2) Nous savons en effet que la curie, subdivision de la tribu primitive, est une division de race, basée sur la naissance.

de vote dans les comices curiates, et que l'on constate en même temps que dans ces comices toute l'influence appartenait aux patriciens, qui étaient cependant les moins nombreux, on pourrait être tenté de conclure que dans les curies on ne votait pas par tête, mais que au contraire l'influence du nombre y était paralysée par un mécanisme quelconque du scrutin.

Cette hypothèse n'aurait, il nous semble, rien d'in vraisemblable, bien qu'aucun indice ne nous permette de préciser en quoi consisterait cette combinaison de scrutin, car nous avons rejeté le vote par *gentes*.

Mais si cette hypothèse satisfait l'esprit, elle ne peut s'appuyer sur aucun texte; et comme elle serait au contraire en contradiction avec plusieurs passages de Denys d'Halicarnasse et de Tite-Live, nous n'osons pas l'émettre, et nous préférons nous rallier à l'opinion généralement admise, d'après laquelle dans l'intérieur de la curie, on votait par tête, *viritim*. Denys d'Halicarnasse (1) le dit formellement, et son affirmation se trouve corroborée par un texte de Tite-Live (2), qui dit en parlant des comices par curies: « *viritim suffragium eadem vi, eodemque jure* » « *promiscue omnibus datum est* ».

Nous avons vu d'ailleurs qu'on peut très bien expliquer, et par plusieurs raisons, que les patri-

(1) DENYS, IV, 20.

(2) TITE-LIVE, I, 43; et aussi II, 56.

ciens aient toujours conservé la prépondérance dans les comices curiates, malgré que les plébéiens y aient eu le droit de vote, et malgré que le scrutin y ait eu lieu par têtes (1).

La réunion commençait en général dès le début du jour, *prima luce*, car elle devait nécessairement être terminée avant le coucher du soleil : tout vote qui n'était pas terminé à ce moment devait être recommencé à nouveaux frais un autre jour (2).

XVIII. — L'AUCTORITAS PATRUM. — Quand une décision avait été prise ainsi dans les comices, elle n'était pas encore parfaite : pour avoir force obligatoire, il fallait qu'elle soit ensuite ratifiée par le Sénat. C'est ce que les textes appellent *l'auctoritas patrum*.

Cette nécessité de *l'auctoritas patrum* pour compléter et sanctionner les votes des comices, est un fait certain et qui ne peut pas être contesté : mais on a contesté que ce soient les sénateurs qui aient été chargés de la donner ; et des discussions très vives se sont élevées sur la question de savoir quelle est exactement cette classe de personnes qui sont désignées par les textes sous le nom de *patres*, et qui avaient ainsi le droit de ratifier ou d'anéantir les résolutions votées dans les comices (3).

(1) Voir *supra*, p. 43.

(2) TITE-LIVE, XXXVIII, 51.

(3) V. sur cette question de *l'auctoritas patrum*, une dissertation de M. LABBÉ, qui forme l'appendice II à l'*Histoire de la législation romaine*, d'ORTOLAN, p. 762 à 783.

Le doute vient de la double signification de l'expression *patres*, qui est employée par les auteurs latins, tantôt pour désigner les patriciens, le *patricii*, et tantôt pour désigner les sénateurs qui, à l'origine, étaient tous patriciens.

Niebuhr (1) et plusieurs savants après lui, ont prétendu que l'*auctoritas patrum* était une approbation donnée, non pas par le Sénat, mais par les comices curiates eux-mêmes dans une seconde délibération : ces auteurs admettent, bien entendu, que les comices curiates étaient composés exclusivement des patriciens. L'*auctoritas patrum* serait pour les lois ce que la *lex curiata de imperio* était pour les élections.

Nous ne pouvons entrer ici dans les discussions de textes sur lesquelles roule le débat, cela nous entrainerait trop loin pour le cadre de cette étude. Disons seulement que Willems, dans son savant ouvrage sur le Sénat romain (2), nous paraît avoir démontré d'une manière irréfutable qu'il n'y a pas un seul passage d'un auteur ancien que l'opinion de Niebuhr puisse invoquer légitimement en sa faveur, et qu'au contraire tous les auteurs latins, en attribuant l'*auctoritas* aux *patres*, entendent bien parler du Sénat. — Tite-Live, notamment mentionne, paraît-il, dix-huit fois dans le cours de ses ouvrages la *patrum auctoritas* : or aucun des passages où il en

(1) NIEBUHR. *Hist. rom.* Traduction de DE GOLBERY, t. II, p. 44.

(2) WILLEMS. *Le Sénat romain*, II, p. 33 à 61.

parole ne permet de distinguer entre les *patres* et le Sénat; et un grand nombre d'entre eux prouvent jusqu'à l'évidence que c'est bien par le Sénat que l'*auctoritas patrum* était exercée (1). Et la même conclusion ressort des textes de Denys d'Halicarnasse et de Cicéron (2).

L'hypothèse de Niebuhr est donc contraire à la tradition, et il faut remarquer en outre qu'elle ne repose que sur une autre hypothèse, celle de la composition exclusivement patricienne des comices curiates.

Quelques auteurs, parmi lesquels il faut citer surtout Mommsen (3), ont soutenu un autre système : l'*auctoritas patrum* émanerait bien des sénateurs, mais des seuls sénateurs patriciens : les sénateurs plébéiens, quand la plèbe fut admise au Sénat (354 U. C.), n'auraient jamais eu à prendre part à l'*auctoritas patrum*, qui serait restée une attribution spéciale des sénateurs patriciens.

Cette hypothèse est inadmissible parce qu'elle suppose que les sénateurs patriciens auraient formé dans le Sénat une sorte de corporation ayant des droits spéciaux : or, aucun texte ne fait la moindre allusion à un état de choses semblable : c'est donc une conjecture de pure imagination. — Il est possible que les sénateurs patriciens aient eu quelques

(1) TITE-LIVE, VIII, 6; XXVII, 6; XLV, 21, etc.

(2) DENYS, II, 14; IV, 12. — CICÉRON. *De rep.* II, 32.

(3) MOMMSEN, *Römische Forschungen*, I, p. 233 (cité par LABBÉ. Appendice II à l'*Histoire de la législation romaine*, d'ORTOLAN, p. 771.

privilèges individuels, mais ils n'ont jamais formé dans l'intérieur du Sénat une classe à part, jouissant de prérogatives politiques refusées aux sénateurs plébéiens; si cela avait été, on en trouverait certainement des traces dans les textes des auteurs anciens.

Nous concluons donc que l'expression *patrum auctoritas* doit être considérée comme synonyme de *senatus auctoritas*, et que cette ratification émanait du Sénat tout entier.

Cette solution est du reste conforme à la tradition; et jusqu'à Niebuhr elle n'avait jamais été contestée.

Jusqu'au V^e siècle de Rome, l'*auctoritas patrum* était postérieure au vote des comices : c'était alors une véritable ratification. Mais en 415 (U. C.), une loi *Publilia* décida que pour les lois, l'*auctoritas patrum* devrait précéder le vote du peuple au lieu de le suivre. Dès lors, les projets de loi ne purent être soumis aux comices qu'après avoir été approuvés par le Sénat.

Tite-Live (VIII, 12), qui nous apprend cette réforme, ne parle que des comices centuriates (1) : mais il est certain qu'elle fut aussi appliquée aux comices curiates qui, à cette époque, n'avaient pas encore perdu toute importance (2).

(1) Il dit en effet que la *lex Publilia* décida : « ut legum quæ
« comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium, patres aucto-
« res fierent... »

(2) V. en ce sens TITE-LIVE, I, 17.

Pour les élections, la même modification fut apportée à l'*auctoritas patrum* par la loi Moenia, dont on ignore la date précise (1).

On a prétendu (2) que les *patres* n'avaient le droit d'invalider les décisions des comices que dans le cas où elles étaient entachées d'un vice constitutionnel, c'est-à-dire contraires au *Mos Majorum* : mais rien dans les textes n'autorise à restreindre ainsi la *patrum auctoritas*. Nous voyons au contraire le Sénat menacer de refuser son *auctoritas* dans des cas où le vote du peuple était parfaitement régulier (3), tandis que dans d'autres circonstances nous le voyons sanctionner une loi rendue dans un camp, ce qui était certes très irrégulier (4).

D'ailleurs, la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires n'existait pas à Rome, et la loi des Douze-Tables elle-même reconnaît expressément au peuple le droit de changer toute loi existante (5).

Enfin, remarquons pour terminer que si les *patres* ont le droit de ratifier ou de casser la loi votée par le peuple, ils ne peuvent pas la modifier : ils ne peu-

(1) CICÉRON. *Brutus*, 14.

(2) BOUCHÉ-LECLERCQ. *Man. des Inst. rom.*, p. 101. — MOMMSEN, *Römische Forschungen*, I, 241-244 (cité par WILLEMS. *Le Sénat romain*, II, p. 59.)

(3) TITE LIVE, VI, 42. — CICÉRON. *Brutus*, 14.

(4) TITE-LIVE, VII, 16.

(5) TITE LIVE, VII, 17 : « In duodecim tabulis legem esse ut quod cumque postremum populus jussisset, id jus ratumque esset ».

vent qu'accepter ou refuser en bloc la décision qui leur est soumise.

Telle est l'organisation des comices curiates. On voit que dans ces assemblées le rôle du peuple est assez restreint : il n'a aucun moyen de se saisir des questions qui ne lui sont pas soumises, car il n'a pas le droit d'initiative ; il n'a pas même le droit d'amendement : il n'a qu'à se prononcer par oui ou par non sur les *rogationes* qui lui sont présentées par le président ; et encore quand il répond affirmativement la décision qu'il a ainsi adoptée n'est exécutoire que si elle obtient la ratification de l'*auctoritas patrum*.



CHAPITRE III

COMPÉTENCE DES COMICES CURIATES

JUSQU'À LA CRÉATION DES COMITIA CENTURIATA

XIX. — Après avoir étudié l'organisation des *comitia curiata*, recherchons maintenant quelles étaient leurs attributions.

Pendant qu'ils constituaient la seule assemblée du peuple romain, les comices curiates participaient à la fois au pouvoir législatif, au pouvoir exécutif, et au pouvoir judiciaire. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il est appliqué dans nos constitutions modernes, était inconnu à Rome, surtout à l'origine ; il y avait bien dans la constitution romaine trois grands corps : le roi, le sénat et le peuple, mais ils n'étaient pas cantonnés chacun dans un domaine spécial des affaires publiques ; leurs fonctions étaient confondues : tous les trois concouraient à la confection des lois ; tous les trois exerçaient le pouvoir exécutif et tous les trois avaient des attributions judiciaires.

Dans le domaine législatif, le rôle des comices consistait à voter la loi (qui était proposée par le roi, et qui devait être ensuite ratifiée par le Sénat). — En tant qu'exerçant pour partie le pouvoir exécutif, ils nommaient, au moyen d'élections, le roi et

certaines magistrats, ils décidaient de la paix ou de la guerre, ils conféraient l'*imperium* au roi et aux magistrats *cum imperio* (*lex curiata de imperio*).

Quant aux attributions judiciaires, on a contesté que les comices curiates en aient jamais eu, mais nous verrons que selon toute vraisemblance, ils avaient une juridiction criminelle, au moins pour juger les appels des décisions royales (*provocatio*).

Enfin, sous le nom de *comitia calata*, les comices curiates avaient encore certaines attributions d'une nature particulière, notamment en ce qui concerne les adrogations et les testaments. Mais les *comitia calata* et leurs attributions feront l'objet d'un chapitre spécial : nous n'avons donc à nous occuper en ce moment que de la compétence des *comitia curiata* proprement dits.

ÉLECTIONS

Parmi leurs attributions, ce sont leurs fonctions électives qui sont de beaucoup les plus importantes, et parmi ces dernières, la principale, est, sous la Royauté, l'élection du roi.

XX. — ÉLECTION DU ROI. — Cette attribution des comices curiates a été contestée.

D'après certains auteurs, notamment d'après Rubino et Mommsen (1), le roi aurait été, *non pas élu* par les comices, mais *nommé* par son prédécesseur,

(1) MOMMSEN. *Hist. romaine*. Traduction d'ALEXANDRE, I, p. 89, et *Romische Forschungen*, I, 218 et 233.

ou par l'interroi dans le cas où le roi précédent n'avait pas usé du droit de désigner son successeur : en effet, d'après ces auteurs, le roi en fonctions aurait toujours eu, en vertu de son droit d'auspices, le droit et le devoir de désigner celui qui devait lui succéder ; de sorte que la royauté romaine aurait été non pas une royauté élective, mais une sorte de monarchie de droit divin, se transmettant de main en main sans procéder du suffrage (1).

Cette opinion, Mommsen lui-même le reconnaît, ne peut invoquer en sa faveur aucun témoignage direct : elle repose uniquement sur des considérations générales (par exemple qu'on ne voit jamais la royauté sortir de l'âge patriarcal à l'état de dignité élective, etc.) ; et aussi sur des déductions que l'on prétend tirer de la façon dont le dictateur était nommé à l'époque postérieure.

Quelle que puisse être la valeur d'arguments de cette nature, ils ne sauraient, à notre avis, l'emporter sur des textes formels ; et l'opinion de Mommsen nous paraît inacceptable parce qu'elle est en contradiction absolue avec des textes nombreux et précis.

Tous les auteurs anciens sont en effet unanimes à nous dire que le roi était élu par le peuple.

Tite-Live notamment, dans le livre premier de son histoire romaine, le répète pour l'avènement de chaque roi :

(1) V. sur cette controverse BOUCHÉ-LECLERCQ. *Manuel des Institutions romaines*, p. 14 et suiv.

« Après la mort de Romulus, il y eut un interrègne qui dura un an : mais alors le peuple se plaignit qu'on ait aggravé sa servitude, et qu'au lieu d'un maître il en ait cent; il paraissait décidé à ne plus souffrir désormais qu'un roi, et à le choisir lui-même (... *regem et ab ipsis creatum*) ». — Et le Sénat ayant fait droit à cette demande : « *inter rex, concione advocata : inquit, quirites, regem create* ». (I, 17.)

De même pour Tullus Hostilius : « *Tullum Hostilium regem populus jussit* ». (I, 22.)

Et après la mort de Tullus Hostilius : « *interrege comitia habente, Ancum Marcium regem populus creavit : patres fuere auctores etc....* » (I, 32.)

Pour Tarquin, l'historien romain est plus explicite encore : il raconte que « les fils d'Ancus (Ancus régnait alors depuis 24 ans) approchant de la puberté, ce fut une raison pour Tarquin de presser la réunion des comices pour l'élection d'un roi; que le jour de ces comices il parvint à éloigner les jeunes princes sous le prétexte d'une partie de chasse ; « Tarquin fut ainsi le premier qui osa briguer ouvertement la royauté et harangua le peuple pour capter ses suffrages..... et comme il ne disait rien qui ne fût vrai, le peuple, d'un consentement unanime « lui défera la royauté (.... *ingenti consensu populus romanus regnare jussit*) ». (I, 35.)

Enfin, pour Servius Tullius, Tite-Live a soin de

faire remarquer que c'est le premier exemple d'un roi nommé sans la participation du peuple (*injussu populi*). (I, 41.)

Et plus tard, Tarquin (le Superbe), reprochera à Servius d'avoir reçu le sceptre des mains d'une femme, au lieu de l'avoir reçu du suffrage du peuple dans des comices réguliers.... *non comitiis habitis, non per suffragium populi, non auctoribus patribus, muliebri dono, regnum occupasse* ». (I, 47.)

Cicéron est tout aussi formel ; voici en effet ce qu'il dit dans le *De Republica*, au sujet des élections de Numa, de Tullus Hostilius, d'Ancus Marcius, et aussi à propos de Servius Tullius :

NUMA : « *Prætermisiss suis civibus, regem alienigenam, patribus auctoribus, sibi ipse populus adscivit ; eumque ad regnandum, Sabinum hominem, Romam Curibus accivit. Qui ut huc venit, quam populus curiatis eum comitiis regem esse jusserat, tamen ipse de suo imperio curiatam legem tulit.* » (II, 13.)

TULLUS HOSTILIUS : « *Mortuo rege Pompilio, Tullum Hostilium populus regem, inter rege rogante, comitiis curiatis creavit ; isque de imperio suo, exemplo Pompilii, populum consuluit curiatim.* » (17.)

ANCUS MARCIUS : « *Post eum Numæ Pompilii nepos ex filia rex a populo est Ancus Marcius constitutus : itemque de imperio suo legem curiatam tulit* ». (18.)

TARQUIN : « *Cunctis populi suffragiis rex est creatus*
« *Tarquinius... isque ut de suo imperio legem tulit,*
« *etc....* » (II, 20.)

SERVIUS : « *Luum.... regnare cæpisset, non jussu,*
« *sed voluntate atque concessu civium.... non com-*
« *misit se patribus.... sed populum de se ipse consu-*
« *luit ; jussusque regnare, legem de imperio suo*
« *curiatam tulit* ». (II, 21.)

Nous allons avoir à revenir sur ces textes, à propos de la *lex curiata de imperio* ; mais, ce que nous voulons constater, en ce moment, c'est qu'ils établissent nettement que le roi était élu dans les comices curiates (1).

C'est du reste l'opinion très généralement admise (2).

XXI. — Cette élection se faisait selon les règles

(1) On pourrait encore citer en ce sens : DENYS D'HALICARNASSE (II, 14), qui place au premier rang des attributions des curies l'élection du roi (*Ἀρχαιροσύνην*) et aussi PLUTARQUE qui, dans la vie de Numa, raconte qu'après la mort de Romulus, la question d'élire le nouveau roi fut pour la ville une source de troubles et de séditions ; et que, pour les faire cesser, on décida que le roi serait élu par les Romains, mais qu'ils ne pourraient choisir qu'un Sabin. Et PLUTARQUE ajoute, qu'après en avoir délibéré entre eux, les Romains choisirent pour roi Numa Pompilius. (PLUTARQUE. *Vie de Numa*, II et III).

(2) V. notamment : WILLEMS. *Le Droit public romain*, p. 43. — NIEBUHR. *Hist. rom.* Traduction de Golbéry, t. II, p. 50. — DURUY. *Hist. des Romains*, t. I, p. 69. — HUMBERT. *Dict. des Antiq. grecq. et rom.* de Daremberg et Saglio, v° *Comitia*, p. 1376. — ORTOLAN *Hist. de la Législ. rom.*, n° 27. — MISPOULET. *Les Inst. politiques des Romains*, I, p. 31, etc.

ordinaires que nous avons étudiées sur la tenue des comices curiates (1). La réunion était présidée par l'interroi en fonctions (2), et le rôle des curies se bornait comme toujours à admettre ou à rejeter la *rogatio* du président, c'est-à-dire ici à accepter ou à refuser le candidat proposé.

C'est ce qui a fait dire à Madvig (3) que « le peuple n'était pas libre dans son choix et que ce n'était pas là une simple élection populaire. » Il est certain, en effet, que les comices ne pouvaient pas, en refusant le candidat proposé, fixer eux-mêmes leur choix sur une autre personne ; mais il n'y a là rien de spécial à l'élection des rois, ce n'est que l'application pure et simple des règles ordinaires sur la compétence des comices curiates, qui, en aucun cas, n'ont jamais eu ni le droit d'initiative, ni le droit d'amendement.

D'ailleurs, cette limitation du pouvoir des comices est, en matière d'élections, plus apparente que réelle, car en cette matière, ils pouvaient procéder par voie d'élimination : il est évident que si les curies avaient refusé le candidat de l'interroi, celui-ci aurait bien été obligé d'en proposer un autre. En fait, ce conflit ne s'est jamais produit, et nous ne connaissons pas d'exemple que les comices aient repoussé le candidat qu'on leur indiquait : la raison

(1) V. *Suprà* p. 54 et suivantes.

(2) Les pouvoirs de chaque interroi ne duraient, en effet, que cinq jours.

(3) MADVIG. *L'État romain*. Traduction Morel, t. I, p. 242.

en est sans doute que l'interroi, avant de fixer son choix, s'assurait officieusement auprès des citoyens qu'il serait agréé par eux.

Le vote par lequel les curies nommaient le roi était, comme toutes les décisions des comices curiates, soumis à la ratification du Sénat (*Auctoritas Patrum*) (1).

On s'assurait ensuite de l'agrément des dieux (*Inauguratio regis*).

Après ces formalités, le roi élu n'avait pas encore tous les pouvoirs qui lui étaient nécessaires comme chef de l'État et de l'armée. Il lui fallait réunir une seconde fois les comices curiates et leur demander la *lex curiata de imperio* (2), qui, seule, lui conférait l'*imperium* avec ses prérogatives. Le refus des curies aurait certainement paralysé l'élection.

Cette double intervention des comices curiates pour parfaire l'élection d'un même roi peut paraître bizarre au premier abord, et, depuis Cicéron jusqu'à nos jours, elle a donné lieu à bien des commentaires de la part des historiens tant anciens que modernes. — Au fond, cette disposition de la constitution romaine nous paraît très facile à justifier en raison de l'importance considérable de la décision qu'il s'agissait de prendre : il s'agissait là, en effet, de choisir le premier magistrat de la cité, et de lui conférer à vie les pouvoirs les plus étendus ; on comprend que pour

(1) WILLEMS. *Le Droit public romain*, p. 43.

(2) V. *Supra*, les quatre textes de CICÉRON cités pages 71 et 72 (*De Republica*, II, 13, 17, 18, 20 et 21).

un objet aussi grave, les Romains aient exigé deux votes successifs et concordants : c'était la meilleure garantie pour s'assurer que l'élection ne puisse pas être enlevée par surprise, et soit bien l'expression d'une volonté sage et réfléchie.

On pourrait du reste trouver chez nous des usages analogues : toutes les propositions législatives importantes y donnent lieu à deux et quelquefois trois délibérations : la prise en considération, la première lecture, la seconde lecture ; et il en est ainsi dans la plupart des assemblées législatives des peuples modernes.

XXII. — ÉLECTION DES MAGISTRATS. — On a prétendu que, sous la Royauté, le pouvoir électoral des comices se bornait à nommer le roi, et que c'est de lui et non du peuple que les autres magistrats tenaient la dévolution de leur autorité (1). Dans ce système, le *tribunus celerum*, les *quæstores*, etc., auraient été non pas de véritables magistrats ayant un pouvoir propre et indépendant, mais de simples délégués du roi, chargés par lui d'administrer en son nom.

Présentée sous cette forme absolue, cette opinion n'est certainement pas exacte, car il y a des textes formels qui prouvent que ces magistrats étaient élus par les comices.

Ce qui est vrai, c'est que le concours du roi et

(1) MISPOULET. *Institut. politiques des Romains*, I, p. 32. — MOMMSEN. *Hist. rom.* Trad. Alexandre, I, p. 89.

du peuple était nécessaire dans cette circonstance comme toujours. C'est encore une des conséquences du mécanisme des comices curiates : le président, c'est-à-dire le roi, ayant seul le droit d'initiative, et les curies ne pouvant qu'accepter ou rejeter la *rogatio* proposée par lui.

Mais, si c'est le roi qui proposait le magistrat, c'est bien le peuple qui le nommait et c'est directement dans la souveraineté populaire qu'il puisait son autorité. Nous n'en voulons pour preuve que ce passage de Junius Gracchanus rapporté par Ulpien (Digeste, de *Officio quæstoris*, I, 13, loi unique, *principium*), et relatif aux *quæstores parricidii* : « Gracchanus Junius, libro septimo de Potestatibus, etiam ipsum Romulum et Numam Pompilium binos quæstores habuisse ; quos ipsi NON SUA VOCE, SED POPULI SUFFRAGIO crearent, refert » (1).

Les principaux magistrats élus dans ces conditions étaient : le chef de la cavalerie (*tribunus celerum*, c'était le magistrat le plus élevé après le roi) ; les chefs des trois tribus, les trente curions ; puis, les *quæstores parricidii*, chargés de la juridiction criminelle ; les *duumviri perduellionis*, chargés spécialement de juger les crimes politiques, etc.

ATTRIBUTIONS LÉGISLATIVES

XXIII. — Parmi les trois fonctions principales des

(1) V. aussi Digeste, de *Origine juris* I, 2), loi 2, § 23. — DENYS, II, 14 ; IV, 71 (*Contrà*).

comices curiates, Denys d'Halicarnasse cite le vote des lois, νόμους ἐπικυρόων (1).

Cette attribution leur a cependant été contestée : on a prétendu qu'avant la loi des XII Tables — qui est une loi centuriate (451-449 avant J.-C.) — les Romains n'avaient jamais eu de lois écrites ; jusqu'à cette époque, les rapports de droit auraient été réglés uniquement par le *Mos Majorum* et le *Jus sacrum*, et cela non seulement pour le Droit civil, mais encore pour le Droit pénal, et même pour le Droit constitutionnel. — Les comices curiates n'auraient donc jamais eu à faire œuvre législative (2).

Cette opinion nous paraît inadmissible.

Que la législation primitive de Rome ait été une législation surtout coutumière, cela est parfaitement exact ; il est certain qu'à l'origine, le *Mos Majorum* avait une importance considérable, et qu'au contraire, les lois écrites étaient alors peu nombreuses et moins importantes.

Mais il ne faut pas exagérer les choses, et il nous paraît incontestable qu'il y a eu, même sous la royauté, un certain nombre de lois écrites, de *leges*. Le témoignage des auteurs anciens ne peut laisser subsister aucun doute à cet égard.

Voici par exemple ce que dit Pomponius dans un fragment du Digeste (3) : « *Leges quasdam cu-*

(1) DENYS, II, 14.

(2) V. notamment WILLEMS *Le Droit public romain*, p. 49.

(3) Au Digeste. *De Origine juris* (I, 2). Loi 2, § 2 et suiv.

« *riatas Romulus ad populum tulit. Tulerunt et sequentes reges ; quæ omnes conscriptæ exstant in libro Sexti Papirii...* » Et Pomponius ajoute que si ce recueil est appelé *Jus civile Papirianum*, ce n'est pas que Papirius y ait ajouté de lui-même quoi que ce soit « ... *sed quia leges sine ordine latas in unum composuit.* »

Et dans le paragraphe suivant, Pomponius indique « ... qu'après l'expulsion des rois, une *lex tribunicia* abolit toutes ces lois ;..... que le peuple romain resta alors sans lois précises et fut régi par une coutume incertaine ;..... que cet état de choses dura vingt années ;..... qu'après ce laps de temps, on rédigea la loi des XII Tables, etc. »

Il est donc exact qu'au moment où la loi des XII Tables fut édictée, les Romains n'avaient plus de lois écrites en vigueur, et cela depuis une vingtaine d'années ; mais ils en avaient eu auparavant, sous la royauté, et la preuve, c'est que c'est leur réunion qui forme le *Jus Papirianum*.

XXIV.— Les comices curiates ont donc eu un rôle législatif ; mais nous savons déjà qu'ils ne constituaient pas à eux seuls le pouvoir législatif ; ils le partageaient avec le roi et le Sénat.

C'est le roi qui propose le projet de loi ; ce sont les comices qui le votent ; et, après ce vote, la ratification du Sénat (*Auctoritas patrum*) est encore nécessaire pour que la loi devienne définitive.

Du reste, pour préciser le rôle des curies dans la

confection des lois, il suffit de rappeler ce que nous avons dit sur le fonctionnement des comices : nous savons que le rôle du peuple dans les comices se borne à répondre *oui* ou *non* à la *rogatio* qui lui est proposée par le président ; il ne peut pas la modifier ; il n'a donc pas le droit d'amendement. Il n'a pas davantage le droit d'initiative, car il n'a aucun moyen de se saisir des questions qui ne lui sont pas soumises par le roi.

Malgré ces limitations, le pouvoir du peuple en matière législative est encore considérable, car c'est lui, somme toute, qui vote la loi ; s'il ne peut pas toujours obtenir toutes les dispositions législatives qu'il désirerait, il est au moins certain qu'aucune loi ne peut être édictée sans son consentement, et c'est là un point d'une importance capitale.

DÉCISION DE LA PAIX ET DE LA GUERRE

XXV.— La déclaration de guerre rentre en principe dans les attributions du pouvoir exécutif, puisque c'est lui qui dispose de la force armée. Mais c'est là un acte tellement grave, que l'assentiment de la nation ou de ses représentants est presque partout nécessaire ; c'est ainsi que chez nous « Le « Président de la République ne peut pas déclarer « la guerre sans l'assentiment préalable des deux « Chambres » (1).

(1) Art. 9 de la Loi constitutionnelle du 18 juillet 1875.

De même, à Rome, ce sont toujours les comices qui ont décidé de la paix et de la guerre : « περί πολέμου διαγινώσκειν » (1).

Cette attribution passera aux *Comitia centuriata* dès qu'ils seront créés, mais jusque-là, ce sont les comices curiates qui l'ont exercée (2).

L'intervention du peuple en cette matière est toute naturelle, à Rome surtout, où l'armée ne formait qu'un avec l'assemblée populaire, et où tous les citoyens prenaient part directement au vote. On comprend que ces citoyens aient toujours eu seuls le droit de prendre une résolution dont l'exécution leur incombait, et qu'ils n'aient jamais reconnu à d'autres, ni au roi ni au sénat, le droit de les engager dans les hasards d'expéditions plus ou moins aventurées.

Outre le vote des comices, la ratification du Sénat — l'*Auctoritas patrum* — était comme toujours nécessaire, mais ce n'était là qu'une simple ratification, et ce sont bien les comices qui ordonnaient la guerre; les rôles respectifs du peuple et du Sénat se trouvent très nettement indiqués dans la formule de déclaration de guerre qui était prononcée par les féciaux : « ... *Quod populus romanus Quiritium bellum (cum priscis Latinis)* JUSSIT esse, *senatusque CENSUIT* » (3).

(1) DENYS D'HALICARNASSE, II, 14.

(2) TITE-LIVE, I, 24, 32. — AULU-GELLE, XVI, 4.

(3) TITE-LIVE, I, 32.

On sait que ce sont les féciaux qui étaient chargés d'accomplir tous

XXVI. — Ce sont donc les comices qui ordonnent la guerre ; mais une fois la guerre engagée, leur intervention est-elle également nécessaire pour la faire cesser, c'est-à-dire pour conclure la paix ?

Une difficulté nous paraît ici résulter de cette circonstance, que presque tous les citoyens qui composent les *comitia curiata* sont en même temps soldats (1), et, par conséquent, absents de Rome tant que dure l'expédition. Or, il est certain d'autre part que les *comitia curiata* n'ont jamais été tenus au dehors de Rome ; et nous nous rendons difficilement compte de l'autorité que pouvaient avoir des comices tenus pendant l'absence de tous les citoyens en état de porter les armes.

Cependant les textes sont formels : Denys d'Halicarnasse (IV, 20) reconnaît aux comices curiates le droit de prononcer sur la paix aussi bien que sur la guerre ; et, de même, Tite-Live fait intervenir le peuple dans la conclusion de tous les traités de paix, même à l'époque royale (2).

Il faut reconnaître du reste que les raisons qui justifient l'intervention des citoyens quand il s'agit d'entreprendre une guerre, se retrouvent identiquement les mêmes quand il s'agit de savoir si l'on doit continuer l'expédition ou faire la paix.

les actes nécessaires pour constituer l'état régulier d'hostilité. Il est à noter que les formalités qui étaient remplies par les féciaux, et sans lesquelles il ne pouvait pas y avoir de *justum bellum*, présentent de grandes analogies avec la procédure judiciaire des *legis actiones*.

(1) A Rome, on était soldat jusqu'à soixante ans.

(2) TITE LIVE, I, 49 et aussi 24 et 38.

ATTRIBUTIONS JUDICIAIRES (1)

XXVII. — Les comices curiates n'avaient pas seulement des fonctions électives et des fonctions législatives : ils constituaient encore une sorte de juridiction d'appel en matière criminelle ; ils connaissaient en effet du recours formé sous le nom de *provocatio ad populum*, contre les sentences du roi ou des magistrats judiciaires.

Nous pouvons être surpris de voir ainsi les comices rendre des jugements : il semble bien en effet que des assemblées populaires ne pouvaient avoir ni la compétence, ni l'impartialité nécessaires pour trancher des procès même criminels.

Le fait cependant est certain, et le citoyen romain a toujours attaché un grand prix à l'exercice direct de la juridiction criminelle, et spécialement à ce *jus provocationis* (2) qu'il considérait comme la meilleure sauvegarde de sa liberté, « *l'unicum præsidium libertatis* », dit Tite-Live (III, 55).

(1) V. sur cette matière : DUMÉRIEUX. Aperçu sur les révolutions du droit criminel à Rome (Revue générale du droit, année 1883, p. 314 et s.).

MAYNZ. Esquisse historique du droit criminel de l'ancienne Rome. (Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, année 1881).

D'après MAYNZ, les comices par curies n'auraient pas eu seulement une juridiction d'appel : ils auraient été le juge ordinaire, le juge de droit commun en matière criminelle. — Cette opinion est restée isolée.

(2) «..... *Provocationem, patronam illam civitatis* », dit CICÉRON (*De Oratore* II, 48).

Sous la République, la *provocatio* fut réglementée par la *lex Valeria de provocatione* (509, Av. J. C.), qui défendait aux magistrats siégeant à Rome, ou à moins d'un mille de Rome, de mettre à mort, ni de frapper de verges, le citoyen romain qui en appelait au peuple (1).

Et le principe fut encore étendu par la loi des XII Tables : « *Ab omni judicio pœnaque provocari* » « *licere indicant duodecim tabulæ* » (2).

La *provocatio* était alors soumise aux *comitia centuriata* ; et personne n'a jamais contesté son existence à cette époque.

Mais on a prétendu qu'elle datait seulement de la République, et que le *jus provocationis* n'existait pas sous la Royauté.

Si cette opinion était exacte, les comices curiates n'auraient jamais eu d'attributions judiciaires.

Pour soutenir que le *jus provocationis* n'existait pas sous les rois, on tire argument de ce que, au temps de la République, la *provocatio* n'était pas permise envers les dictateurs ; et la dictature n'était, prétend-on, que le rétablissement temporaire de la royauté.

On ajoute que la *lex Valeria de provocatione*, dont nous parlions tout à l'heure, est considérée par les

1) « . . . Ne quis magistratus civem romanum adversus provocationem necaret nève verberaret » ; CICÉRON. *De Rep.* II, 31.

V. aussi TITE-LIVE, III, 20.

(2) CICÉRON. *De Rep.* II, 31.

auteurs anciens comme une innovation, et elle date seulement des premiers temps de la République (509, Av. J. C.).

Enfin, on fait encore remarquer qu'à part le procès d'Horace, les historiens ne mentionnent aucune cause soumise au peuple sous les rois. Quant au cas d'Horace, ce serait non pas une application du droit commun, mais un cas isolé, une mesure exceptionnelle et de faveur, justifiée par la victoire qu'il venait de remporter.

Aucun de ces arguments n'est péremptoire; et nous pensons au contraire, avec la majorité des auteurs (1), que la *provocatio ad populum* remonte aux premiers temps de Rome.

Les témoignages formels et concordants des auteurs latins ne peuvent, il nous semble, laisser place à la moindre incertitude sur cette question.

Cicéron (2) déclare expressément que les sentences des rois étaient soumises à l'appel au peuple : « *Provocationem autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales.* »

Il est impossible d'être plus précis; et l'affirmation de Cicéron doit nous inspirer ici d'autant plus de confiance qu'il indique ses sources.

(1) MAYNZ. *Cours de Droit Romain*, t. I, n° 6, p. 35 et 36. — DUPOND. *La Constitution et les Magistratures de la République*, p. 27. — V. aussi BOUCHÉ-LECLERCQ qui n'admet le principe qu'avec certaines restrictions. (*Manuel de Institutions romaines*, p. 20.)

(2) *De Rep.*, II, 31.

Sénèque est tout aussi formel : « *Provocationem ad populum etiam a regibus fuisse.* » (1)

Et si Cicéron et Sénèque posent nettement le principe, Tite-Live (2) nous en montre l'application dans l'histoire d'Horace qui, après le meurtre de sa sœur Camille, avait été condamné à mort par le roi, ou plutôt par les duumvirs : il porta appel au peuple, et sur sa *provocatio* il fut acquitté par les comices curiates.

Cet exemple suffirait à lui seul à prouver que dès l'époque des rois, les condamnations criminelles pouvaient faire l'objet d'un recours au peuple, et il confirme pleinement les affirmations de Cicéron et de Sénèque.

Il est vrai que les auteurs ne mentionnent aucun autre cas de *provocatio* pendant la période royale : mais cela ne prouve pas qu'il n'y en ait pas eu ; ce silence relatif des historiens ne pourrait jamais fournir qu'un argument négatif, qui comme tel ne prouve pas grand chose, et qui, en tous cas, ne saurait l'emporter sur les textes directs et précis que nous venons de citer.

Quant à la *lex Valeria de Provocatione*, si on a pu la considérer comme une innovation, ce serait seulement en tant qu'œuvre législative, c'est-à-dire en ce

(1) SÉNÈQUE. *Epistol*, Lucil, n° 108.

(2) TITE-LIVE, I, 26. — D'après DENYS D'HALICARNASSE (III, 22), le peuple aurait jugé HORACE directement, sans intervention de duumvirs.

sens qu'elle ne serait que la confirmation législative d'une coutume antérieure consacrée par le *Mos Majorum* : mais cela ne prouve pas que le *jus provocationis* n'était pas exercé auparavant; on sait en effet que la constitution primitive de Rome n'était pas une constitution écrite, mais une constitution coutumière.

Reste la dictature, qui était en principe *sine provocatione*, et qui n'était, prétend-on, que « le rétablissement temporaire de la royauté. » — C'est là une formule commode, mais il ne faut pas la prendre à la lettre : s'il y a de grandes analogies entre les pouvoirs du dictateur et ceux du roi, il ne faut pas aller jusqu'à dire qu'il y ait entre eux identité absolue : et spécialement en ce qui concerne la *provocatio*, on comprend très bien qu'en raison des circonstances extraordinaires pour lesquelles la dictature était faite, on ait voulu supprimer tout recours contre les décisions du dictateur.

Les mêmes motifs ne se retrouvent pas pour la royauté, qui était une magistrature normale et permanente.

Nous concluons donc sans hésiter que le *jus provocationis* existait à l'époque royale, et était alors porté devant les comices curiates.

XXVIII. — Mais si la *provocatio ad populum* existait en principe sous les rois, elle n'avait pas alors les mêmes caractères qu'elle eut plus tard sous la République, où elle constitua pour les citoyens un droit

absolu, une garantie véritable contre l'arbitraire des magistrats.

Sous la Royauté, son exercice était subordonné au consentement du roi, qui avait le droit de l'autoriser ou de la refuser. — Tite-Live, dans le récit du procès d'Horace, indique cette nécessité de l'autorisation royale pour que l'appel puisse être formé : « *Tum Horatius, AUCTORE TULLO, clemente legis in-
« terprete, provoco, inquit.* »

Et cela résulte du reste de la force des choses, puisque le roi seul avait compétence pour convoquer les comices curiates, et que personne ne pouvait le contraindre à les réunir quand il ne voulait pas le faire. — Et nous savons aussi qu'une fois assemblés, les comices ne pouvaient répondre que oui ou non à la *rogatio* qui leur était posée, et qu'il leur était par conséquent impossible de s'occuper des questions dont le roi ne les saisissait pas.

Le *jus provocationis* restait donc forcément lettre morte quand le roi ne jugeait pas à propos de l'autoriser (1).

XXIX.—Mommсен considère que la *provocatio ad populum* n'était pas autre chose à l'origine qu'un

(1) MOMMSEN. *Le Dr. public rom.*, trad. GIRARD, t. VI, 1^{re} partie, p. 402. — *Hist romaine.*, trad. ALEXANDRE, t. I, p. 107.

Cependant, certains auteurs, notamment NIEBUHR (*Hist. romaine*, trad. de GOLBÉRY, t. II, p. 314 et 315), prétendent que la *provocatio* était obligatoire pour les rois. — Ils invoquent les termes absolus des textes de CICÉRON et de SÉNÈQUE, que nous avons rapportés plus haut, p. 70.

recours en grâce adressé au peuple : « Le citoyen
« romain qui absout un coupable — dit-il — ne fait
« pas autre chose que ne fait dans un état monar-
« chique le roi, en usant du droit de grâce » (1).

Et Mommsen trouve dans cette façon d'envisager les choses, une excuse à l'arbitraire qu'ont toujours présenté les sentences des assemblées du peuple.

Ce point de vue ne nous paraît pas exact. Il est bien vrai que le peuple était maître absolu de son verdict et pouvait absoudre non seulement le citoyen qu'il croyait innocent, mais encore celui qu'il savait très bien être coupable. Mais dans cette dernière hypothèse il agissait exactement comme le fait encore aujourd'hui notre jury moderne, quand il acquitte un individu qui avoue avoir commis le crime qu'on lui reproche, et il ne viendra à l'idée de personne de dire que nos jurés dans ce cas exercent le droit de grâce : ils jugent dans l'indépendance de leur conscience, sans être enchaînés par la matérialité des faits, et ils doivent rendre la sentence qu'ils estiment le plus conforme à l'intérêt de la société : mais ce sont bien cependant des jugements qu'ils rendent, et cela n'a rien de commun avec l'exercice du droit de grâce.

Il en était de même à Rome : la *provocatio* constituait un véritable appel. Tite-Live (I, 26) indique parfaitement que c'était une nouvelle instance qui

(1) MOMMSEN. *Le Dr. public rom.*, trad. GIRARD, t. VI, 1^{re} partie, p. 411.

recommençait devant le peuple, avec débats, plaidoiries, dépositions de témoins, etc. Et du reste, tous les auteurs anciens désignent toujours ces procès devant le peuple sous le nom de *judicia populi*.

Le rôle des comices consistait en principe à décider si la sentence des premiers juges était bien ou mal fondée : ils constituaient donc réellement une juridiction d'appel.

L'arrêt rendu par le peuple était définitif : il était en effet dispensé de la ratification du Sénat (1), de cette *auctoritas patrum*, à laquelle toutes les autres décisions, législatives et électorales, des comices étaient toujours soumises.

(1) WILLEMS. *Le Sénat de la Rep. rom.*, t. II, p. 63. — BOUCHÉ-LECLERCQ. *Man. des inst. rom.*, p. 104.

Voyez cependant en sens contraire : MOMMSEN. *Le Droit public romain*, traduction de GIRARD, t. VII, p. 239.

CHAPITRE IV

COMITIA CALATA

XXX. — En dehors des *comitia curiata* proprement dits, que nous venons d'étudier, les curies se réunissaient encore parfois pour constituer des comices d'une nature spéciale, présentant un caractère religieux : les *Comitia Calata*.

Ces *comitia calata* différaient des assemblées curiates ordinaires, non seulement par leurs attributions, mais aussi par leur mode de fonctionnement.

Ils se tenaient en effet devant le collège des pontifes (1), et au lieu d'être convoqués par un licteur, ils l'étaient par des officiers auxiliaires de ces pontifes, les *Calatores* (2). — De plus, ils se réunissaient non pas au *Comitium*, mais au Capitole, devant la *Curia Calabra* (3); — enfin, ils étaient présidés par le *pontifex maximus* au lieu de l'être par le roi (4).

Ces comices étaient convoqués d'abord à l'occasion d'actes solennels concernant la religion, tels que

(1) AULU GELLE. *Nuits attiques*. XV, 27. « calata comitia
« esse quæ pro collegio pontificum habentur »

(2) MISPOULET. *Les Inst. pol. des Romains*, I, p. 203. — HUMBERT. *Dict. des ant. grecques et romaines de Daremberg et Saglio*, v^e *comitia*, p. 1375.

(3) MACROBE *Saturnales*, I, 15. — VARRON. *De L. L.*, VI, 27.

(4) MISPOULET. *Les Inst. pol. des Rom.*, I, p. 202. — FUSTEL DE COULANGES. *La Cité antique*, p. 89.

l'inauguration des flamines ou des augures, ou encore, au commencement du mois, pour entendre la proclamation du jour où devaient tomber les nones (1).

Ils s'occupaient aussi de questions d'ordre social, touchant à la fois au droit civil et au droit religieux.

C'est ainsi que rentraient dans leurs attributions les objets suivants :

1° L'*adrogatio*, qui non seulement modifiait l'état de l'adrogé, mais encore entraînait de sa part abdication de ses *sacra privata* ;

2° La *detestatio sacrorum*, qui conduisait à la *transitio ad plebem*, et permettait à un patricien de passer dans une famille plébéienne sans perdre son nom, résultat qu'on n'aurait pu obtenir avec l'*adrogatio* ;

3° La *cooptatio*, ou introduction de membres nouveaux dans les curies par la collation du droit de cité ;

4° Enfin, et surtout le testament, qui réglait la transmission à la fois du patrimoine et du culte familial : ce testament *calatis comitiis* est la forme de tester la plus ancienne qui ait été pratiquée par les Romains : les curies se réunissaient pour cet objet deux fois par an (2), le 24 Mars et le 24 Mai de chaque année, s'il faut en croire Mommsen (3).

(1) VARRON. *De lingua latina*, VI, 27. — MACROBE. *Saturnales*, I, 15.

(2) GAIUS. *Com.* II, 101.

(3) MOMMSEN. *Le Droit public romain*, t. VI, 1^{re} partie. Traduction GIRARD, p. 363.

XXXI. La question la plus importante, en ce qui concerne les *comitia calata*, est celle de savoir quel était le rôle du peuple dans ces assemblées ? Les curies y étaient-elles appelées pour voter, ou seulement pour prendre acte des faits qui s'accomplissaient devant elles ?

Les auteurs sont unanimes à reconnaître que dans tous les cas où les *comitia calata* étaient assemblés pour des affaires d'ordre exclusivement religieux, le rôle du peuple était un rôle purement passif : les citoyens dans ce cas étaient appelés là *ad solemnitatem*, comme simples témoins, pour rehausser par leur présence l'éclat d'une cérémonie religieuse.

De même et en sens inverse, on admet très généralement que pour l'*adrogatio*, le peuple votait : tous les auteurs latins le déclarent, et Aulu-Gelle qui a décrit toute la cérémonie de l'*adrogatio*, nous a même conservé la formule exacte de la *rogatio* qui était adressée au peuple : « *Ejus rogationis verba hæc sunt : Velitis, jubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitæ necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Hæc ita uti dixi, ita vos Quirites, rogo* (1).

L'intervention effective du peuple dans l'*adrogatio* s'explique du reste par l'importance extrême de cet acte. C'est qu'en effet l'*adrogatio* touchait à la fois

(1) AULU-GELLE, V, 19. Voy. aussi CICÉRON, de *Domo*, 29 : « *Si id XXX curiæ jussissent* ». — GAIUS, I, § 99 : « *Dicitur adrogatio quia.... populus rogatur an id fieri jubeat.* »

aux droits religieux, civils et politiques : aux droits religieux, car le feu sacré allumé au foyer de chaque famille en l'honneur des dieux Lares, va s'éteindre si l'adrogé est le dernier survivant de sa famille (1); — aux droits politiques, car l'*adrogatio* retranche de l'État un chef de famille; — enfin elle modifie également les droits civils de l'adrogé, qui de *sui juris* va devenir *filiusfamilias*, avec toutes les conséquences de cette situation essentiellement dépendante. A ce point de vue comme aux autres, l'intervention du peuple se justifie parfaitement, pour protéger l'adrogé qui, même sans être impubère, aurait fort bien pu ne pas apercevoir toutes les conséquences de son adrogation.

Le peuple en cette matière avait donc à sauvegarder non seulement l'intérêt public, mais encore certains intérêts privés, et il n'est guère contesté aujourd'hui que, au moins à l'origine, les curies votaient réellement pour l'adrogation.

XXXII. — Mais en ce qui concerne les testaments, la controverse est très vive.

Des auteurs très éminents (2) ont soutenu qu'ici

(1) Aussi l'*adrogatio* devait-elle être précédée d'une enquête faite par l'autorité sacerdotale: les pontifes devaient s'assurer que toutes les conditions requises étaient remplies; ils devaient également peser les motifs mis en avant et scruter les intentions des deux parties, et l'*adrogatio* n'était soumise au peuple que si leur enquête était favorable.

(2) BECKER. *Röm. Alt.*, II, p. 369. — HUSCHKE. *Rhein. Mus.*, VI, p. 288. — LANGE. *Röm. Alt.*, I, p. 136, etc. (Cités par GREIF). —

l'assentiment du peuple n'a jamais été nécessaire, et que si le père de famille qui voulait faire un acte de dernière volonté, était obligé à l'origine de s'adresser aux curies, c'était uniquement pour donner l'authenticité à son testament; c'était afin que l'on puisse plus tard invoquer le témoignage du peuple et au besoin lui demander main-forte, si des contestations venaient à s'élever: mais pour le moment les citoyens n'avaient qu'à écouter et leur rôle était purement passif.

A l'appui de cette opinion, on invoque un texte émanant, non pas à la vérité d'un jurisconsulte de l'époque classique, car ils sont muets sur cette question (1), mais d'un contemporain de Justinien, Théophile. — Dans sa paraphrase des *Institutes* de Justinien, Théophile, indiquant de quelle façon on procédait pour les testaments *calatis comitiis*, dit qu'ils se faisaient en temps de paix deux fois par an et de la manière suivante: « Le héraut faisait le
« tour de la ville en appelant les citoyens à haute
« voix; le peuple entier se rassemblait, et de cette
« façon celui qui voulait faire son testament le fai-

Voy. aussi GREIF. *De l'origine du testament romain*, p. 51 et s. — MISPOULET. *Inst. politiques des Romains*, I, p. 202. — WILLEMS. *Le Droit public romain*, p. 51, etc.

(1) Il y avait longtemps en effet, à l'époque classique, que le testament *calatis comitiis* était disparu, et si GAIUS et JUSTINIEN le mentionnent, c'est en quelques mots seulement, et « dans le seul but, « disent il, d'obvier à une trop profonde ignorance, *ut nihil antiquitatis penitus ignoretur* ». (*Institutes* de JUSTINIEN, II, X, 1).

« sait, avec le peuple comme témoin (ὑπὸ μάρτυρι τῷ « δήμῳ). » (1).

On cherche aussi à tirer argument du rapprochement de deux textes d'Aulu-Gelle : dans le chapitre 27 du livre XV des *Nuits Attiques*, Aulu-Gelle qualifie de *contio* l'assemblée du peuple dans laquelle se faisaient les testaments : « *Tria genera testamen-*
« *torum fuisse accepimus; unum, quod calatis comi-*
« *tiis in populi contione fieret.* » — Or, dans un autre passage (XIII, 15), le même auteur explique les différences qui existent entre les *comitia* et les *conciones*, et il dit que la *concio* était une réunion dans laquelle le peuple recevait seulement certaines déclarations, sans agir lui-même, et *san̄s qu'aucune rogatio lui fût posée* : « *Ex his verbis Messalæ mani-*
« *festum est aliud esse cum populo agere, aliud con-*
« *tionem habere; nam cum populo agere est: rogare*
« *quid populum, quod suffragiis suis aut jubeat aut*
« *vetat; contionem autem habere est: verba facere ad*
« *populum sine ulla rogatione.* »

On invoque encore les expressions *testamentum*, *testari*, qui impliquent l'idée d'une déclaration faite devant témoins, et qui n'auraient aucune raison d'être si le peuple avait été appelé à voter.

Enfin, ces arguments de textes se trouvent, dit-on, corroborés par une considération de fait : c'est que les comices ne se réunissant pour les testaments que deux fois par an, il serait impossible qu'ils

1) THÉOPHILE, ad. § 1. *Inst. de Test.*, ord. II, 40

aient eu le temps de voter dans ces deux jours tous les testaments de l'année, s'il s'était agi là d'un véritable vote. Il ne faut pas perdre de vue en effet que — à la différence de l'adrogation, qui était un fait exceptionnel et assez rare, — les testaments devaient au contraire être très nombreux, car les Romains ont toujours attaché beaucoup d'importance à ne pas mourir intestats.

Pour toutes ces raisons, on conclut donc que les curies n'émettaient aucun vote et ne jouaient ici que le rôle de simples témoins.

Cependant, l'opinion contraire est pour le moment plus en faveur et elle nous paraît en effet préférable.

Il nous paraît impossible d'admettre que le peuple tout entier ait été convoqué uniquement pour prêter son témoignage. Le moyen serait hors de proportion avec le but à atteindre. Les Romains, même ceux des premiers temps, sont, somme toute, des gens pratiques et censés, et ce serait vraiment leur faire injure que d'admettre qu'ils aient été chercher un procédé aussi incommode pour atteindre un but auquel on aurait pu parvenir de la manière la plus simple, par la présence d'un petit nombre de personnes. — On aura beau dire que l'écriture, à cette époque primitive, n'était guère en usage chez les Romains, et que les actes n'ayant que la forme orale, il fallait des témoins très nombreux si on voulait leur assurer l'authenticité, — nous répondrons que si les parjures et les fausses déclarations sont à craindre,

on prendra certaines précautions pour les éviter, on augmentera dans de certaines proportions la quantité des témoignages : au lieu de cinq ou six témoins, on en exigera une quinzaine, une vingtaine, on exigera chez chacun d'eux des garanties d'honorabilité ; mais quelle que soit la prudence qu'on apporte en cette matière, on n'ira jamais jusqu'à déranger un peuple tout entier uniquement pour constater et affirmer ensuite la vérité.

Si la présence des comices était ici nécessaire, c'est évidemment que le peuple devait avoir un rôle plus important à remplir : c'est que, comme l'*adrogatio*, le testament exigeait un vote, une véritable loi.

Cette intervention effective du peuple concorde d'ailleurs parfaitement avec les tendances et les préoccupations primitives des Romains : on sait en effet que le testament réglait non seulement la transmission du patrimoine, mais aussi celle des *sacra*, à laquelle les curies se croyaient directement intéressées ; et quant au patrimoine lui-même, il faut se rappeler, d'une part, que la propriété, dans les premiers siècles de Rome, était une sorte de propriété collective pour la famille, et d'autre part qu'elle n'apparaît pas à cette époque comme un droit dérivant de la libre activité de l'individu, mais plutôt comme une sorte de concession de l'État : Romulus avait divisé le territoire de Rome entre les trois tribus, et Cicéron nous montre Numa distribuant les terres

par têtes aux citoyens (1) ; même après ces partages, un droit supérieur de l'État semblait encore planer sur les parts individuelles : les terres étaient limitées solennellement, et elles ne pouvaient changer de titulaires sans l'intervention des pouvoirs publics.

Dans ces conditions, on comprend que lorsque le père de famille voulait disposer par testament de son droit de propriété, l'État ne se soit pas contenté seulement de lui imposer certaines conditions essentielles à l'ordre public ; il allait plus loin : il subordonnait la volonté individuelle à sa propre décision, et le testament ne produisait d'effet qu'autant qu'il était transformé par le vote des curies en une loi véritable.

On en trouve encore la preuve dans l'expression *legassit* qui est employée à une époque postérieure par la loi des XII Tables : à cette époque la législation est complètement modifiée : le testament *per æs et libram* a remplacé le testament *calatis comitiis* : mais la loi des XII Tables, consacrant pour le père de famille la liberté absolue de tester, le fait en ces termes : « *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* » — Cette expression *legassit* semble bien impliquer qu'à l'origine une loi était nécessaire, car le mot *legare* indique l'acte bien formel et bien caractérisé de la confection de la loi.

(1) CICÉRON. *De Rep.*, II, 14.

Nous pensons donc que pour le testament *calatis comitiis*, comme pour l'adrogatio, le peuple votait, et était libre d'admettre ou de rejeter les propositions que lui soumettaient les citoyens (1).



(1) V. en ce sens : FUSTEL DE COULANGES. *La Cité antique*, p. 89. — IHERING. *Esprit du droit romain*, t I, p. 147 et s. — ACCARIAS, I, p. 798.

V. aussi MOMMSEN. *Histoire rom.* Trad. ALEXANDRE, I, p. 211 (mais cet auteur a changé ensuite d'avis dans son *Rom-Staatrecht*, II, p. 36, et dans *Rom Forschungen*, p. 270. (Cité par GREIF, p. 51).

CHAPITRE V

DÉCADENCE DES COMICES CURIATES

XXXIII. — Nous venons d'étudier l'organisation et la compétence des *Comitia curiata* au temps de leur splendeur, c'est-à-dire pendant qu'ils constituaient la seule assemblée du peuple romain. Mais à partir du moment où Servius Tullius eut créé à côté d'eux une assemblée concurrente — les *comitia centuriata* — nous allons les voir perdre rapidement toute leur importance.

On sait qu'à côté de la division par curies, qui était basée uniquement sur la naissance, Servius Tullius établit une autre répartition du peuple basée sur la fortune, la division en classes et en centuries. Cette nouvelle organisation, créée d'abord en vue de l'armée et de la perception de l'impôt, fut bientôt appliquée aux assemblées politiques et les centuries se réunirent au Champ-de-Mars, sous le nom de *Comitia centuriata*.

Nous n'avons pas à entrer ici dans les détails de l'organisation des comices centuriates : disons seulement qu'ils constituèrent un premier progrès dans le sens de l'évolution démocratique à Rome : en effet dans les comices par curies, — c'est là nous l'avons vu un des rares points qui soient indiscutables et indiscutés, — toute l'influence appartenait à

l'aristocratie de naissance, aux patriciens : les plébéiens n'y avaient aucune action sur la marche des affaires ; au contraire, dans les nouveaux comices, le mécanisme du vote est combiné de façon à assurer la prépondérance uniquement à la fortune et à l'âge, sans aucune distinction de caste ni de naissance ; désormais le plébéien riche l'emportera sur le patricien pauvre ; c'est déjà un premier progrès. Cette réforme, il est vrai, ne fit que substituer l'aristocratie de fortune à l'aristocratie de race, et ce n'est pas encore là, loin s'en faut, l'égalité politique à laquelle on parviendra à peine dans les comices par tribus ; il convient cependant de noter que les comices par centuries constituent un premier pas dans cette voie.

Mais ce qu'il nous importe surtout de constater ici, c'est que les comices par centuries devinrent rapidement la véritable assemblée nationale des Romains, le *Maximus Comitiatus*, disent les auteurs, et qu'ils absorbèrent bientôt toutes les attributions des comices curiates.

Ce n'est pas brusquement, d'un seul coup, que cette substitution s'opéra : jamais d'ailleurs on ne trouve chez les Romains l'abrogation directe d'une institution, et son remplacement immédiat par une autre. Un procédé aussi radical a toujours été inconnu à Rome, et comme le constate avec raison M. Laboulaye (1), lorsqu'un changement devait s'opérer, « l'institution nouvelle commençait à

(1) LABOULAYE. *Essai sur les lois criminelles des Romains*, p. 111.

« l'ombre de l'ancienne; puis elle se greffait en
« quelque sorte sur celle qu'elle devait supplanter :
« l'exception devenait la règle et la règle l'excepti-
« on, jusqu'à ce qu'elle disparût enfin, complète-
« ment effacée sous la rouille du temps. »

Cette remarque est tout aussi exacte en matière de droit public qu'en matière de droit privé; et c'est ainsi notamment que les choses se passèrent pour les comices : Servius Tullius, en créant les comices par centuries, ne supprima pas les comices curiates : il les laissa au contraire subsister à côté de la nouvelle assemblée, et aucune loi n'intervint jamais pour régler leur compétence respective : c'est une à une et sans aucune secousse que toutes les attributions des curies passèrent successivement aux centuries.

XXXIV. — Mais à quelle époque cette substitution commença-t-elle à s'opérer? Est-ce comme on l'admet généralement dès le règne de Servius Tullius, ou seulement après l'abolition de la Royauté?

Des auteurs modernes — notamment M. Belot, dans l'*Histoire des Chevaliers romains*(1) — enseignent que, pendant toute la durée de la Royauté, il n'y a pas eu à Rome d'autre assemblée politique que celle des curies, et que les *comitia centuriata* datent seulement des premières années de la République. — Quant à la réforme de Servius, elle aurait été purement militaire, et son organisation des centuries

(1) BELOT. *Histoire des Chev. rom.*, p. 44 et s.

aurait eu pour but unique de former des cadres de recrutement pour l'armée.

Pour soutenir ainsi que les centuries n'ont eu aucun rôle politique sous les rois, on invoque un texte du *De Republica* (1) dans lequel Cicéron nous apprendrait que la première loi votée dans les comices centuriates serait la loi de Valerius Publicola sur l'Appel au Peuple, en 494 av. J.-C.

On ajoute que la première élection centuriate qui soit mentionnée par les historiens romains est celle des deux premiers consuls (2).

On fait enfin remarquer qu'après l'expulsion de Tarquin le Superbe, quand Brutus voulut faire légaliser par un vote du peuple la révolution qui venait de s'accomplir, ce sont les comices par curies qu'il convoqua et non les centuries : on en tire la conclusion que les comices centuriates n'existaient pas encore à cette époque.

A ces arguments positifs, M. Belot ajoute une hypothèse très ingénieuse pour expliquer l'erreur des historiens anciens qui attribuent à Servius Tullius la paternité des *comitia centuriata*.

D'après lui, ces comices ont été institués par les patriciens eux-mêmes, qui, après l'expulsion des rois, et sous la crainte d'un retour offensif de Tarquin, sentirent le besoin de se ménager l'appui de la plèbe : c'est dans ce but qu'ils transformèrent en

(1) CICÉRON. *De Rep.*, II, 31.

(2) TITE LIVE, I, 60.

comices la réunion des centuries au Champ de Mars. Mais comme en réalité, — grâce à une habile combinaison du vote par classes et centuries, — ils n'y accordaient aux plébéiens que des droits illusoires, ils jugèrent utile, pour déguiser la nullité de leurs concessions, de mettre leur nouvelle constitution sous le patronage d'un nom populaire, et ils choisirent celui du roi Servius. . . . « C'est dans les prétendus mémoires de ce roi qu'ils feignirent d'en avoir trouvé le plan. Ils allèrent même jusqu'à imaginer que ce roi, ami des petites gens, avait eu l'intention d'abdiquer et d'établir le gouvernement républicain. Les historiens transformèrent peu à peu en un fait l'intention prêtée par les patriciens à Servius, de donner à Rome une constitution prétendue démocratique, et ce mensonge politique eut plus de succès que le Sénat lui-même ne l'avait espéré, car on le répète encore aujourd'hui, bien que depuis deux mille ans il ait cessé d'être utile. »

Cette explication est certainement très ingénieuse, mais ce n'est qu'une pure hypothèse, et comme elle serait en contradiction avec les récits des historiens romains, elle ne nous paraît pas suffisamment justifiée.

Nous ne pensons pas en effet que le passage de Cicéron que l'on invoque, signifie réellement que la *lex Valeria* fut la première loi votée par les comices centuriates. La phrase de Cicéron est ainsi conçue : « . . . *Idemque, in quo fuit Publicola maxime, legem ad populum tulit eam quæ centuriatis comitiis*

« *prima lata est ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret.* »

Et les auteurs littéraires la traduisent de la façon suivante : « Mais il mérita surtout le nom de Publi-
« cola en proposant la première loi que les comices
« par centuries adoptèrent sur l'appel au peuple. »

C'est cette interprétation qui nous paraît exacte : ce qui la confirme en effet c'est que Cicéron énumère ensuite les autres lois relatives à la même matière, et que dans tout ce paragraphe du *De Republica*, il s'agit non pas des comices, mais de la *provocatio ad populum*.

Il faut remarquer d'ailleurs que même en donnant à ce texte le sens que lui prête M. Belot, il prouverait tout au plus que les attributions législatives ne passèrent aux centuries qu'après la chute de la royauté ; mais il ne pourrait jamais fournir aucun argument en ce qui concerne les autres fonctions des comices, et par exemple en ce qui concerne les élections.

Il est vrai que sous les règnes de Servius Tullius et de Tarquin le Superbe, nous ne pouvons pas plus citer de magistrats élus dans les comices centuriates que de lois votées par eux, mais cette omission des historiens, étant donnée surtout l'époque reculée dont il s'agit, ne donne pas le droit d'affirmer qu'en réalité, il n'y en a pas eu. Et ce qui prouve, au contraire et à notre avis d'une manière irréfutable, qu'il y en a eu certainement, c'est que tous les auteurs

anciens sont unanimes à assigner un but politique à la réforme de Servius.

Quant à Brutus, s'il s'est adressé aux comices par curies et non aux centuries après l'expulsion de Tarquin, ce n'est nullement la preuve que les comices centuriates n'existaient pas encore à cette époque ; cela prouverait tout au plus qu'ils n'avaient pas encore conquis la prépondérance, et qu'ils n'étaient pas encore devenus le *comitiatus maximus*. Mais nous savons que les anciens comices subsistaient à côté des nouveaux, et qu'au début surtout ils se partageaient la compétence en matière politique. Brutus pouvait donc très bien avoir le choix entre les deux assemblées. — D'ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que Brutus est un révolutionnaire, et qu'il est pressé par le temps, voulant que l'émeute reçoive une consécration officielle avant le retour de Tarquin ; et, dans ces conditions, il n'y aurait rien de bien étonnant à ce qu'il n'ait pas suivi rigoureusement les voies légales.

Nous ne voyons donc pas de raisons suffisantes pour rejeter la tradition que nous trouvons relatée dans les auteurs latins : tous en effet sont unanimes à faire commencer dès le règne de Servius le rôle politique des comices centuriates : c'est d'abord Cicéron qui, dans ce même traité *De Republica* qu'on invoquait plus haut, raconte comment Servius Tullius divisa les citoyens en cinq classes, en distinguant les *seniores* des *juniores*, et il ajoute que « si
« Servius distribua le peuple de cette manière, ce fut

« dans le but d'assurer la prépondérance dans le
« vote non pas à la multitude, mais aux plus ri-
« ches. » « *eosque ita disparavit ut suffragia*
« *non in multitudinis, sed in locupletium potestate*
« *essent.* » (1).

De même Tite Live, après avoir expliqué la nouvelle organisation par centuries, et avoir montré les charges qu'elle imposait aux riches, déclare que
« Servius Tullius leur accorda des dédommagements
« en graduant les votes de manière à concentrer
« toute la puissance aux mains des premières clas-
« ses, sans paraître toutefois exclure qui que ce fût
« du droit de suffrage. » (2).

Denys d'Halicarnasse est tout aussi formel et nous raconte avec force détails comment Servius substitua dans les comices les centuries aux curies (3).

XXXV. — Nous pensons donc que les comices par centuries ont existé dès le règne de Servius Tullius ; et que c'est dès cette époque qu'ils ont commencé à déposséder les comices curiates d'une partie de leurs attributions (4). Mais ce qui est plus difficile à préciser, c'est la mesure dans laquelle leur action se com-

(1) CIC. *De Rep.*, II, 22.

(2) « Sed gradus facti, ut neque exclusus quisquam suffragio
« videretur et vis omnis penes primores civitatis esset. » TITE-
LIVE, I, 43.

(3) DENYS, IV, 20.

(4) V. en ce sens MADVIG. *L'État Romain*. Traduction MOREL,
t. I, p. 243.

bina à l'origine avec celle des curies : sur ce point les renseignements font défaut, et on en est à peu près réduit aux conjectures.

Il est vraisemblable que ce sont les questions de paix ou de guerre (le περί πολέμου διαγινωσκειν), qui l'ont été débattues les premières dans les comices centuriates. C'est qu'en effet s'il y a exagération à soutenir que la réforme de Servius ait porté uniquement sur le recrutement de l'armée, il est incontestable qu'elle a eu un caractère militaire : il est certain qu'il y avait si non identité absolue, au moins une corrélation très étroite entre la nouvelle organisation de l'armée et la disposition des nouveaux comices. Du reste les citoyens s'y rendaient en armes, et les auteurs ont pu dire avec raison « que l'assemblée centuriate n'est pas autre chose que la réunion de l'*exercitus* au Champ de Mars. » — Dans ces conditions il est naturel de penser qu'on a dû reconnaître sans tarder à cette assemblée le droit de voter les déclarations de guerre, et que les comices curiates ont dû être dépouillés de cette attribution immédiatement, dès l'apparition des nouveaux comices,

Au contraire certains auteurs admettent que les comices par curies conservèrent beaucoup plus longtemps le pouvoir législatif : il en est même qui leur maintiennent cette attribution pendant toute la durée de la royauté : ce sont ceux qui traduisent le texte de Cicéron que nous avons cité plus haut (1) en ce

(1) *De Rep.*, II, 31. Voy. *suprà*, p. 104.

sens que la loi de Valerius Publicola sur l'Appel au peuple, serait la première loi votée dans les comices centuriates. — Nous avons dit pourquoi cette interprétation ne nous paraît pas exacte; et par conséquent ce passage du *De Republica* n'a, croyons-nous, rien à voir dans la question. Mais d'après les récits des historiens, et notamment de Denys d'Halicarnasse (IV, 20) qui dit très expressément que pour toutes choses Servius Tullius se fit une loi de réunir les centuries au lieu des curies, il y a lieu de penser que quand les *comitia centuriata* furent créés, les rois et les magistrats ne tardèrent pas à prendre peu à peu l'habitude de leur soumettre les *rogationes*.

Quant à la compétence criminelle, la plus grande incertitude règne sur le point de savoir à quelle date elle passa aux centuries. Quelques auteurs supposent que c'est Servius Tullius lui-même qui les en investit (1).

D'autres, comme Walter, prétendent au contraire qu'elle appartint aux comices curiates jusqu'à la législation décenvirale.

L'opinion la plus accréditée est celle qui assigne pour point de départ à la compétence judiciaire des centuries la *lex Valeria de Provocatione*, qui en 509 av. J.-C. régla l'institution de la *provocatio ad populum*.

Enfin, en ce qui concerne la fonction électorale, la première élection centuriate qui soit mentionnée

(1) BOUCHÉ-LECLERCQ. *Man. des Inst. rom.*, p. 120.

par les historiens est celle des deux premiers consuls (1); mais il est fort probable qu'il y en a eu d'autres auparavant, et on admet même très généralement que les comices centuriates ont fonctionné comme assemblée électorale avant d'être investis du pouvoir législatif.

Ce qui est certain, c'est que dès le début de la République, ce sont les centuries qui nomment tous les magistrats sauf les tribuns de la plèbe.

XXXVI. — Pour ces derniers on n'est pas d'accord sur le point de savoir quelle est l'assemblée qui, à l'origine, procédait à leur nomination. Il est certain qu'à partir de l'année 470 av. J.-C., ce sont les comices par tribus (2). Mais pour la période antérieure une controverse s'est élevée entre les auteurs modernes.

Les historiens latins déclarent très nettement que jusqu'à la loi de Publilius Volero (470 av. J.-C.), ce sont les comices curiates qui choisissaient les deux tribuns (3).

(1) TITE-LIVE, I, 60.

(2) TITE-LIVE, II, 56 : « Rogationem tulit (Volero) ad populum ut plebeū magistratus tributis comitiis fierent. Haud parva res, sub titulo prima specie minime atroci, ferebatur; sed quæ patriciis omnem potestatem, per clientium suffragia, creandi quos vellent tribunos auferret. »

Et plus loin : II, 58 : « Tum primum tributis comitiis creati tribuni sunt : numero etiam additos tres perinde ac duo antea fuerint, Piso auctor est. »

(3) DENYS, VI, 89 ; IX, 44.

De nos jours cette tradition a été contestée : on a prétendu qu'elle serait en désaccord avec le caractère du tribunat et qu'il est invraisemblable que les représentants de la plèbe aient jamais été élus dans les comices curiates, où les plébéiens n'avaient même pas accès d'après certains auteurs, et où en tous cas ils n'avaient certainement aucune influence.

M. Mispoulet (1) pense que pour nommer ses nouveaux chefs, la plèbe adopta dès l'origine la division des tribus serviennes, qui, de circonscriptions purement administratives qu'elles avaient été jusque-là, devinrent ainsi des divisions politiques : ce serait là l'origine des comices par tribus.

Au point de vue rationnel, cette hypothèse satisfait parfaitement l'esprit, car elle serait conforme à la logique des faits : mais elle ne repose sur aucun texte, et elle se heurte au contraire à des témoignages trop formels et trop précis pour que nous puissions l'admettre.

Niebuhr et quelques auteurs après lui (2), prétendent que les premiers tribuns ont été nommés par les centuries, comme tous les autres magistrats à cette époque : c'est une hypothèse de pure imagination, que rien ne justifie.

Enfin d'après Willems et Mommsen (3), les tribuns

(1) MISPOULET. *Inst. politiques des Rom.*, I, p. 110.

(2) NIEBUHR. *Hist. rom.* Trad. de GOLBÉRY, II, p. 434. — ACCARIAS. *Précis de Droit rom.*, I, p. 35. — MAYNZ. *Cours de Droit rom.*, I, n° 28.

(3) WILLEMS. *Le Droit public romain*, p. 287. MOMMSEN. *Rech. rom.*, I, 181-185. (Cité par WILLEMS).

auraient été élus à l'origine dans des comices curiates d'une espèce particulière, qu'ils appellent « *concilia plebis curiata* » et qui d'après eux auraient été composés uniquement des plébéiens des curies, et votant par curies. — Nous répondrons à ce système que rien dans les auteurs anciens ne vient révéler l'existence de ces comices curiates d'une nouvelle espèce : on peut bien soutenir que les comices par curies ont été composés exclusivement de patriciens, mais rien ne permet de supposer qu'il y ait jamais eu des comices curiates composés uniquement de plébéiens : et il est fort probable que ces prétendus *concilia plebis curiata* n'ont jamais existé que dans l'imagination de quelques savants modernes.

L'opinion qui nous paraît préférable est celle qui s'en tient au témoignage des anciens : c'est qu'en effet, si on peut être surpris à première vue de voir nommer les défenseurs de la plèbe dans les comices curiates, c'est-à-dire dans une assemblée où l'influence patricienne était prépondérante, il faut reconnaître que au fond et quand on y réfléchit, il n'y a peut-être là rien d'aussi invraisemblable qu'on veut bien le dire : il ne faut pas perdre de vue en effet que l'institution du tribunat est une concession arrachée aux patriciens à la suite de la retraite du peuple sur le mont Sacré : c'est une sorte de transaction qui intervint à ce moment entre le patriciat et la plèbe ; et il n'y a, il nous semble, rien d'illogique à admettre que pour limiter autant que possible l'étendue de la concession qu'ils étaient obligés

de faire, les patriciens aient exigé que les nouveaux magistrats soient élus dans les comices par curies où eux, patriciens, avaient la prépondérance.

C'est là une hypothèse que nous donnons sous toutes réserves, mais ce qui nous paraît bien la confirmer c'est qu'elle cadre parfaitement avec le passage de Tite-Live que nous avons cité plus haut (1) et dans lequel l'historien romain nous apprend que jusqu'à la loi de Volero, « les patriciens, à l'aide
« des suffrages de leurs clients, nommaient tribuns
« qui ils voulaient. » C'est précisément parce qu'ils en abusèrent que cet état de choses fut modifié en 470, et que la plèbe, devenue à cette époque plus forte, exigea que ses tribuns fussent nommés dans les comices par tribus, où elle était toute puissante.

Nous pensons donc que ce sont les comices curiates, qui, à l'origine, procédaient à l'élection des tribuns.

XXXVII.— Pour tous les autres magistrats, nous avons dit que dès le début de la République, ils étaient élus par les centuries : mais leur élection devait être ensuite confirmée par les comices curiates, car une *lex curiata* a toujours été nécessaire pour les investir de l'*imperium*. Seule l'élection des censeurs en était dispensée, probablement parce qu'ils n'avaient pas la puissance militaire ; ils devaient seulement, après leur nomination, s'adresser de nou-

(1) TITE-LIVE, II, 56. V. p. 110.

veau aux centuries pour obtenir la *potestas censoria*, qui, d'après Cicéron (1), leur était conférée par une loi centuriate spéciale.

Le droit exclusif de conférer l'*imperium* aux magistrats constitue la principale attribution qui soit restée à nos comices sous la République : elle devait avoir en principe une importance politique considérable ; mais il ne semble pas que les patriciens des curies en aient jamais abusé, et c'est sans doute à cette modération qu'ils ont dû d'avoir conservé aussi longtemps cette prérogative. Elle finit cependant par devenir illusoire, elle aussi, les curies n'ayant plus le pouvoir de refuser leur confirmation : mais à la différence de ce qui se passa pour l'*auctoritas patrum*, que les sénateurs furent bientôt obligés de donner par avance, avant le vote des comices (loi Publilia Philonis et loi Mœnia), la *lex curiata de imperio* ne fut jamais votée qu'après l'élection : c'est qu'en effet l'*imperium* devait être conféré nominativement ; il fallait par conséquent connaître l'élu.

Certains auteurs prétendent que les comices par curies étaient appelés non seulement à conférer l'*imperium* aux magistrats, mais encore à donner leur ratification à toutes les décisions des comices centuriates : ce sont ceux qui comme Niebuhr admettent que l'*Auctoritas Patrum*, dont nous avons parlé au Chapitre II, était une approbation donnée non pas

(1) CICÉRON. *De Lege agraria*, II, 41.

par le Sénat, mais par les comices curiates eux-mêmes.

Nous avons dit que cette théorie nous paraît inadmissible, et que l'expression *Patrum Auctoritas* doit être considérée comme synonyme de *Senatus Auctoritas*. Nous pensons donc qu'en dehors de la *lex curiata de imperio*, les comices curiates n'avaient aucune approbation à donner aux délibérations des centuries.

XXXVIII. — Pour les attributions que les curies exerçaient dans les *Comitia Calata*, la décadence fut moins rapide, parce qu'ici il n'y a jamais eu de *Comitia calata centuriata* pour les supplanter (1).

Cependant la vieille forme du testament *calatis comitiis* ne tarda pas à tomber en désuétude et à être remplacée par la forme plus commode du testament *per æs et libram*; et dès lors les curies n'eurent plus à intervenir dans la confection des testaments.

Mais leur concours resta toujours nécessaire pour les adrogations. Et de même pour les questions d'ordre religieux, Cicéron nous apprend que ce sont les *comitia curiata* qui ont toujours été seuls compétents : « *Nunc quia prima illa comitia tenetis, cen-*

(1) AULU-GELLE (XV, 27) affirme il est vrai que les *comitia calata* pouvaient aussi se réunir par centuries : mais on n'en connaît pas d'exemple ; et comme ce texte n'est confirmé par aucun autre, il nous paraît insuffisant pour admettre l'existence de *comitia calata centuriata*.

« *turiata et tributa ; curiata tantum auspiciorum*
« *causa remanserunt.* » (1)

XXXIX. — L'importance des comices curiates alla constamment en décroissant, au fur et à mesure des progrès de l'esprit démocratique à Rome : c'est qu'en effet leur organisation essentiellement aristocratique ne fut jamais modifiée, et bientôt elle ne se trouva plus en harmonie avec les idées nouvelles et les progrès de la plèbe : il en résulta qu'ils ne furent plus consultés sur aucune affaire importante, et qu'ils perdirent toute autorité. — Cependant ils ne furent jamais abolis : même quand les comices par tribus eurent été créés, et eurent à leur tour supplanté les centuries, les comices curiates continuèrent toujours à coexister, en principe du moins, à côté des deux assemblées nouvelles ; seulement, à la longue, ils finirent par ne plus avoir qu'une existence nominale : en effet, lorsqu'ils eurent été dépouillés de toute autorité politique, et surtout lorsque le vote de la *lex de imperio* ne constitua plus lui-même qu'une vaine formalité, les citoyens cessèrent peu à peu de se rendre à une assemblée qui n'avait plus aucune puissance réelle, et dont le rôle se bornait à donner une autorisation qu'elle n'avait plus le pouvoir de refuser. Il ne vint plus personne à ces comices dérisoires, et comme on ne voulait pas cependant les supprimer, on dut se contenter de réunir les trente

(1) Cic. *De lege agraria*, II, 11.

licteurs qui jadis étaient chargés de convoquer les trente curies, et qui désormais les représentèrent avec l'assistance de trois augures.

Ce n'était plus là qu'un simulacre de comices sans aucune autorité réelle : cependant, jusqu'à la fin de la République, cette réunion des trente licteurs resta une formalité nécessaire pour assurer l'*imperium* aux magistrats, pour autoriser les adrogations, et peut-être aussi, d'après Cicéron, pour accomplir certains actes religieux.

Il est impossible de fixer même d'une manière approximative, l'époque à partir de laquelle la réunion des curies cessa d'être réelle. Certains auteurs parlent du temps de la seconde guerre punique (218-201 av. J.-C.); d'autres parlent du V^e siècle de Rome (époque vers laquelle furent promulguées les deux lois Publilia Philonis et Mœnia), mais ce sont là de simples conjectures : un seul point est certain, c'est qu'au VII^e siècle de Rome la transformation était un fait accompli, et Cicéron, qui nous donne ce renseignement, ajoute qu'il y avait fort longtemps déjà (Cic., *De Lege agraria*, II, 12).

Sous l'Empire, on trouve encore une trace de ces comices fictifs dans les formalités nécessaires pour légaliser les adrogations qui, jusqu'à Dioclétien (1), se font toujours en principe *auctoritate populi* : c'est

(1) A partir de DIOCLÉTIEN (286 après J.-C.), la *lex curiata* fut remplacée par un rescrit impérial. — Loi 2 au Code de Justinien *De adoptionibus* (VIII, 48).

de cette façon notamment que Tibère est adopté par Auguste. Le dernier exemple connu est celui de Hadrien qui, en 136 après J.-C., adopta L. Commode par une loi curiate (1), œuvre bien entendu de trente licteurs. — C'est la dernière intervention de ces comices fictifs que nous puissions signaler : ce sont les derniers vestiges de la vieille constitution de Romulus.

XL. — Telle fut la décadence des comices curiates, auxquels, comme on le voit, on pourrait appliquer la formule d'Horace : *Desinit in piscem*. C'est d'ailleurs le cas de presque toutes les institutions primitives de Rome, mais il n'existe peut-être pas d'exemple plus frappant de cette obstination des Romains à ne jamais vouloir abroger les anciennes institutions, même les plus surannées, même quand il est clairement démontré qu'elles ne peuvent plus être d'aucune utilité. Au temps de l'État patricien, les comices par curies répondaient parfaitement aux besoins de l'époque, et jusqu'à Servius Tullius, ils ont joué un rôle prépondérant dans l'État romain. Avec les progrès de la plèbe, il est certain qu'une réforme devenait nécessaire : mais au lieu d'abroger franchement l'ancienne constitution et de la remplacer par une autre appropriée au nouvel état social, on se contenta de créer, à côté des comices curiates, deux assemblées nouvelles, les comices par centuries d'a-

(1) DION CASSIUS, LXIX, 20.

bord, les comices par tribus ensuite, qui peu à peu accaparèrent toute l'influence au détriment des curies.

Ce système de juxtaposition est déjà un trait caractéristique de l'esprit romain : mais ce qui est plus remarquable encore, c'est qu'après avoir ainsi enlevé aux comices curiates toute autorité, et en avoir fait, comme nous l'avons vu, des comices dérisoires auxquels ils ne voulaient même plus assister, les Romains ne purent jamais se résoudre à les abolir une bonne fois, et préférèrent avoir recours à cette comédie des comices fictifs, figurés par les trente licteurs. Il est incontestable qu'il y a là un respect exagéré du *Mos Majorum*.



DROIT FRANÇAIS



COMBINAISON DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

AVEC LE RÉGIME DOTAL

BIBLIOGRAPHIE

TESSIER. — *Traité de la Société d'Acquêts, suivant les principes de l'ancienne jurisprudence du Parlement de Bordeaux.* — Deuxième édition, annotée et complétée d'après le Code civil, par P. DELOYNES. Bordeaux, 1881.

PIOLET. — *Étude sur la Communauté réduite aux Acquêts, et la Société d'Acquêts jointe au Régime dotal.* Paris, 1877.

DE FOLLEVILLE. — *De la Société d'Acquêts jointe au Régime dotal.* — Article de la *Revue Pratique de Droit Français*. Année 1875, pages 213 et suiv.

DALLOZ. — *Répertoire*, v^o *Contrat de Mariage*, n^{os} 4271 à 4280.

DALLOZ. — *Supplément au Répertoire*, n^{os} 1526 à 1538.

GUILLOUARD. — *Traité du Contrat de Mariage*, t. IV, n^{os} 2195 et suiv. Paris, 1888.

RODIÈRE ET PONT. — *Traité du Contrat de Mariage*, t. III, n^{os} 2033 et suiv. 2^e édition, Paris, 1869.

AUBRY ET RAU. — *Cours de Droit civil français*, t. V, § 541 bis. 4^e édition. Paris, 1872.

COLMET DE SANTERRE.— *Cours analytique de Droit civil*, t. VI, n^{os} 252 et suiv. 2^e édition. Paris, 1883.

LAURENT.— *Principes de Droit civil*, t. XXIII, n^o 591, 3^e édition. Bruxelles-Paris, 1878.

TROPLONG. — *Traité du Contrat de Mariage*, t. I, Préface, et t. III, n^{os} 1851 et suiv. Paris, 1850.

MARCADE ET PONT. — *Explication théorique et pratique du Code civil*. — Sur l'article 1581, t. VI. 7^e édition. Paris, 1873.

INTRODUCTION

Utilité de la Société d'acquêts jointe au régime dotal

Historique de l'article 1581 C. Civ.

I. — Aux termes de l'article 1387 du C. civ., les époux sont libres de rédiger leurs conventions matrimoniales comme bon leur semble : ils peuvent par conséquent, en adoptant le régime dotal comme base de leur union, y joindre une société d'acquêts.

Cette combinaison est très fréquente dans la pratique, nous allons en voir les raisons tout à l'heure. — Au point de vue juridique elle présente un intérêt tout particulier, parce qu'elle constitue un régime mixte qui emprunte certaines règles au régime dotal, et certaines autres au régime de communauté : ces deux régimes se trouvent en réalité juxtaposés, et comme il y a assez souvent antagonisme entre leurs principes, cette juxtaposition a fait naître un grand nombre de difficultés que la doctrine et la jurisprudence ont eues à résoudre : le Code civil en

effet ne contient sur notre combinaison qu'un seul article, l'art. 1581, qui est absolument insuffisant, et on est obligé pour trancher la plupart des controverses de se reporter aux principes généraux et aux précédents historiques.

II. — Mais avant de rechercher dans l'ancien droit les origines historiques de l'art. 1581, voyons d'abord rapidement quelles sont les raisons qui justifient l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal.

Cette clause, avons-nous dit, est très fréquente ; dans la pratique on ne trouve presque jamais de régime dotal pur : c'est que ce régime, s'il offre des avantages incontestables, présente aussi de très graves inconvénients.

Le régime dotal a l'avantage d'assurer de la manière la plus énergique la conservation, pendant toute la durée du mariage, des biens constitués en dot : l'inaliénabilité et l'insaisissabilité forment un rempart infranchissable non seulement contre les spéculations aventureuses du mari, ou contre son esprit de dissipation, mais encore contre les propres entraînements de la femme elle-même : celle-ci en effet, même avec le consentement de son mari, est incapable d'aliéner ses biens dotaux ; et elle ne peut pas davantage s'obliger en ce qui les concerne. — Ces biens, quoi qu'il arrive, se trouvent ainsi mis à l'abri des hasards et des revers de la fortune, et c'est là un point d'autant plus important que leur

destination naturelle est de subvenir aux charges du ménage et à l'établissement des enfants.

Le système de la dotalité a encore un autre mérite dans le cas où il n'y a pas de biens paraphernaux, c'est de contribuer à maintenir la bonne harmonie entre les époux, en mettant la femme à l'abri des sollicitations et des obsessions du mari, obsessions qui sont très fréquentes quand elle a la faculté de disposer de son patrimoine.

Mais à côté de ces avantages, le régime dotal entraîne des conséquences fâcheuses : il apporte une entrave regrettable à la circulation des biens, il expose les tiers à être trompés, et surtout il ruine le crédit du ménage et du mari. Ce sont là des inconvénients sur lesquels nous n'avons pas à insister ici, et auxquels d'ailleurs on remédie souvent au moyen de clauses spéciales destinées à adoucir la rigueur des principes : faculté d'aliéner les immeubles dotaux moyennant emploi ; droit pour la femme de renoncer à son hypothèque légale, etc.

Mais la critique la plus grave peut-être que l'on puisse adresser au régime dotal pur, c'est de laisser les intérêts des époux complètement séparés : ce régime n'emporte en effet aucune communauté entre eux : la femme retirera la dot qu'elle a apportée, mais elle ne recevra aucune part des bénéfices ou des économies qui pourront être réalisés pendant le mariage. Au point de vue pécuniaire elle est une étrangère dans la maison de son mari : si tous ses biens sont dotaux, elle ne pourra rien acquérir pour

son compte ; si elle s'est réservé des biens paraphernaux, elle en a l'administration et la jouissance, et avec leurs revenus, elle peut faire des acquisitions ; mais alors le mari, de son côté, reste étranger à ces accroissements de la fortune de sa femme. C'est la séparation complète des intérêts, et on peut dire vraiment qu'un pareil régime est contraire au droit naturel. Comment admettre en effet que les intérêts de deux époux vivant en commun soient ainsi isolés ? Le mariage suppose par essence des liens réciproques d'affection et de confiance : et dès lors n'est-il pas choquant de voir ceux qui unissent leurs destinées séparer en même temps leurs intérêts ? Au point de vue abstrait, il semble au contraire que le mariage, qui établit l'union des âmes, devrait entraîner comme conséquence la fusion des biens, et dans cet ordre d'idées, le régime matrimonial le plus logique serait la communauté universelle de tous biens. — Il faut reconnaître qu'en fait on ne va presque jamais jusque là, parce que la pratique a démontré qu'il ne faut pas que les conventions de mariage puissent ruiner une famille au profit de l'autre, et on se contente généralement d'établir une communauté plus ou moins restreinte. — Mais la première condition que doit remplir un bon régime matrimonial, c'est au moins de faire participer chaque époux aux produits du labeur commun, et c'est une condition à laquelle le régime dotal ne satisfait pas par lui-même.

Ce régime méconnaît donc les principes du droit

rationnel : il heurte également les règles de l'équité la plus élémentaire : la femme en effet voit prendre par le mari seul, ou ses héritiers, toutes les économies faites pendant la vie commune : quant à elle, elle n'en reçoit aucune part, et pourtant elle a peut-être contribué largement aux bénéfices de l'association conjugale, tant par son travail ou les revenus de ses biens dotaux que par sa bonne administration et sa vigilance au foyer domestique. « La femme « aura travaillé, aura souffert, aura économisé, sans « que les profits soient partagés avec elle » (1) : cela est souverainement injuste, et cela a de plus l'inconvénient de ralentir son zèle et de lui ôter toute émulation, inconvénient d'autant plus grave que la diligence de la mère de famille est un élément de prospérité de la plus haute importance pour le ménage : c'est un des plus grands reproches qu'on puisse adresser au régime dotal de ne pas savoir tirer parti de cette vertu.

Ajoutons que la femme, n'ayant aucun intérêt à voir faire des économies dont elle ne doit pas profiter, poussera à la dépense, et sera toujours portée à critiquer l'administration du mari comme mesquine et inférieure à sa condition ; tandis que le mari, de son côté, sera toujours disposé à vouloir économiser quand même et capitaliser les revenus ; et il est fort à craindre que ces tendances contraires n'amènent

(1) TROPLONG. *Traité du Cont. de mariage*. Préface, p. CLIV.

des discussions, ou au moins des tiraillements de nature à troubler la paix du ménage.

En résumé, l'un des vices les plus graves du régime dotal pur, c'est d'isoler complètement les intérêts des époux, et de laisser la femme indifférente à la prospérité des affaires du mari. — C'est précisément à ce double inconvénient que vient remédier la combinaison qui fait l'objet de cette étude.

III. — L'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal permet en effet de faire participer la femme aux bénéfices réalisés pendant la durée de l'association conjugale, et de l'intéresser ainsi à la prospérité du ménage. De cette façon on réunit au profit des époux les avantages des deux régimes, car la société d'acquêts ne porte aucune atteinte aux règles conservatrices de la dot, — l'inaliénabilité et l'insaisissabilité subsistent, — et en même temps on procure à la femme tous les avantages du régime de la communauté d'acquêts.

Si même on était tenté d'adresser une critique à cette combinaison, ce serait peut-être de traiter la femme avec une faveur exagérée : elle va profiter de toutes les bonnes chances, sans courir aucune des mauvaises, puisque, au cas de mauvaise fortune, elle est toujours certaine de retrouver sa dot intacte, et par conséquent de ne rien perdre ; et qu'au cas de prospérité elle vient prendre la moitié des bénéfices. Elle profite donc de toutes les chances de s'enrichir, sans courir aucun risque de se ruiner,

tandis que le mari, au contraire, — si les spéculations ont été malheureuses, — en répond sur son patrimoine tout entier.

Au premier abord cette situation pourrait paraître injuste, mais en réalité elle est parfaitement équitable, car il ne faut pas oublier que c'est au mari seul qu'appartient l'administration des biens et la direction des affaires : la femme, en droit, n'y a aucune part ; on ne peut donc pas en bonne justice la rendre responsable d'engagements pour lesquels elle n'a même pas été consultée.

Cette objection du reste n'a jamais arrêté personne, car dans la pratique, tous ceux qui adoptent le régime dotal y joignent toujours une société d'acquêts conformément à l'art. 1581 du C. civ. : c'est que quand on tient au régime de la dotalité, c'est l'unique moyen de rendre à la femme le seul rôle qui soit digne d'elle dans le mariage, celui d'associée et de compagne du mari, *laborum periculorumque socia*, selon la belle expression de Tacite.

HISTORIQUE

IV. — Cette disposition de l'article 1581 ne constitue pas une innovation des rédacteurs du Code civil : dans notre Ancien Droit, elle était déjà usitée dans certaines parties de la France, notamment dans le ressort du Parlement de Bordeaux.

On sait qu'au point de vue de la législation, notre ancienne France se divisait en deux grandes régions : les *Pays de Droit écrit*, au sud de la Loire, où le Droit Romain avait subsisté malgré l'invasion, et constituait encore le fond de la législation ; — et les *Pays de Droit coutumier*, au nord, où la conquête des Barbares avait été plus complète, et où les coutumes locales s'étaient substituées à la loi romaine.

Dans les *Pays de Droit coutumier*, c'est le régime de communauté, d'origine germanique, qui était en vigueur : seule la province de Normandie faisait exception et était régie, au point de vue des conventions matrimoniales, par des règles particulières, sur lesquelles nous allons avoir bientôt l'occasion de revenir. Mais dans toutes les autres provinces du Nord, le régime dotal était inconnu, et ce n'est

pas là par conséquent qu'a pu prendre naissance la combinaison qui nous occupe.

Au contraire, dans les *Pays de Droit écrit*, le régime dotal était seul usité, et il y avait été maintenu à peu près tel qu'il existait avant Justinien ; les lois de Justinien s'y étaient même fait connaître peu à peu, et on avait fini par appliquer tous les privilèges créés par cet empereur pour assurer la restitution de la dot.

C'était donc le régime dotal pur, avec tous les inconvénients que nous avons signalés plus haut.

Mais dans plusieurs provinces on s'était bientôt rendu compte de ces inconvénients, et pour y porter remède, on avait pris l'habitude d'introduire une clause de société d'acquêts : dans le ressort du Parlement de Bordeaux, cette clause était même devenue pour ainsi dire de style dans tous les contrats de mariage.

V. — On discute sur le point de savoir d'où est venue l'idée de cette combinaison.

Nos anciens auteurs (1) prétendent qu'elle tire son origine du Droit Romain lui-même, notamment des lois 16, § 3, au Dig. *De alimentis vel cibariis legatis*, et 7 Dig. *Pro socio* : dans ces textes, il est question de sociétés intervenues entre époux, sociétés univer-

(1) Voy. CUIJAS. *Consult.* VII. — BOUHIER. *Cout. de Bourgogne*. — FERRIÈRE. *Traité de la Cout. de Paris*. (Cités par PIOLET. *De la Communauté réduite aux acquêts*, p. 17).

selles de tous biens (comme dans la loi 16, § 3, *De alim. vel. cib. leg.*) (1), ou sociétés de gains seulement, comme dans la loi 7, *Pro socio* (2). C'est, dit-on, que les jurisconsultes romains s'étaient déjà aperçus des inconvénients de la dotalité, et avaient voulu permettre aux époux de les atténuer ; et c'est bien là, prétend-on, l'origine de la société d'acquêts jointe au régime dotal.

Cette opinion est aujourd'hui généralement abandonnée : c'est qu'en effet, les sociétés auxquelles il est fait allusion dans ces textes sont des contrats distincts, exceptionnels, formés après coup, au cours du mariage, par des époux comme ils auraient pu l'être entre étrangers. A Rome, aucun contrat n'était prohibé entre le mari et la femme : ils pouvaient par conséquent pendant le mariage former entre eux des contrats de société, tout aussi bien que des contrats de prêt, de vente ou de louage : mais il est impossible de confondre de semblables contrats avec de véritables conventions matrimoniales, réservées au seul cas du mariage, et établies expressément avant sa célébration.

Il existe d'ailleurs dans la Coutume de Bordeaux

(1) L. 16, § 3. *De alim. vel. cib. leg.* « Qui societatem omnium bonorum suorum cum uxore sua per annos amplius quadraginta habuit, testamento eadem uxorem..... etc. »

(2) Loi 7, *Pro socio.* « Coiri societatem et simpliciter licet : et si non fuerit distinctum videtur coita esse universorum, QUÆ EX QUÆSTU VENIUNT, hoc est, si quod lucrum ex emptione, venditione, et locatione, conductione descendit. »

une disposition qui montre bien le peu d'influence qu'a dû exercer le Droit Romain, notamment sur la rédaction de cette Coutume. C'est le paragraphe 228, il est ainsi conçu : « L'usage est en Bordelais que
« si le cas qui se présente ne peut être jugé d'après
« la Coutume, muette à cet égard, on doit recourir
« aux Coutumes analogues ; et s'il n'y a pas de
« Coutume semblable, il faut recourir à la raison
« naturelle, le meilleur supplément de la Coutume ;
« et si toutes ces choses manquent, on doit recourir
« au Droit écrit. »

Le Droit écrit ne vient donc qu'au dernier rang, et dans ces conditions, il est logique de penser que la clause de société d'acquêts a dû être empruntée au Droit Coutumier plutôt qu'au Droit Romain.

C'est en effet l'opinion la plus accréditée. On admet généralement que le régime mixte qui nous occupe est venu purement et simplement du mélange des habitants du Nord, qui pratiquaient la Communauté, avec les peuples du Midi, qui vivaient sous la loi romaine : c'est donc un régime de transaction, qui est sorti de la fusion de la dotalité et de la communauté, en prenant dans l'une et l'autre ce qu'elles contiennent de bon et d'utile.

VI. — Quoi qu'il en soit sur ce point, ce qui est certain, c'est que, dans le dernier état de l'*Ancien Droit*, on voit plusieurs coutumes permettant de joindre une société d'acquêts au régime dotal, et

c'est là que nous allons trouver l'origine directe de notre article 1581.

Parmi ces Coutumes, les plus importantes sont celles de Bordeaux et d'Auvergne, et aussi celle de Normandie, qui, nous l'avons dit, présente un caractère tout particulier.

Voyons rapidement ce qu'était la clause de société d'acquêts dans ces diverses Coutumes.

VII. — COUTUME DE NORMANDIE (1). — En Normandie, la communauté coutumière était non seulement repoussée comme régime de droit commun, mais même absolument prohibée (2) : le régime ordinaire était le régime dotal, mais bien différent de celui de Justinien : la dot n'y était pas inaliénable ; mais le mari ne pouvait l'aliéner qu'avec le consentement de la femme et moyennant emploi. Dans le cas où ses biens avaient été aliénés sans son consentement, la femme, après la dissolution du mariage, avait contre le tiers acquéreur une action appelée *Bref de mariage encombré* (art. 537) (3).

Même lorsque la femme avait consenti à l'aliénation, les tiers n'étaient pas pour cela toujours à

(1) V. *Coutume de Normandie*, expliquée par M. PESNELLE, avocat au Parlement — Deux volumes, Rouen MDCCLXXI.

(2) PESNELLE. *Cout. de Normandie*, sur l'art. 389 (t. II, p. 446).

(3) La *Coutume de Normandie* à laquelle nous nous référons ici, est celle qui a été rédigée en 1583, « par autorité publique, en l'assemblée et par l'avis des trois États de la Province, convoqués pour cet effet en exécution des lettres patentes du roi Henri III. »

l'abri des poursuites : en effet même dans ce cas la femme conservait contre son mari une action en remploi, et si le mari était insolvable, elle pouvait exercer cette action subsidiairement contre le tiers acquéreur, pour rentrer dans son bien sans restitution de deniers (art. 540) : c'est ce qui faisait dire à Basnage : « *Bien de femme ne doit pas se perdre.* » (1).

A côté de ce régime dotal spécial, adouci, mais inévitable, la Coutume de Normandie établissait en faveur de la femme certains droits sur les biens acquis pendant le mariage : ces droits, sans en avoir reçu expressément la dénomination, constituaient en réalité une sorte de société d'acquêts plus ou moins restreinte.

Aux termes de l'article 329 de la Coutume « la
« Femme a la moitié en propriété des Conquets faits
« en Bourgage (2), constant le Mariage ; et quant
« aux Conquets faits hors Bourgage (3), la Femme
« a la moitié en propriété au Bailliage de Gisors, et
« en usufruit au Bailliage de Caux ; et le tiers par
« usufruit aux autres Bailliages et Vicomtés. »

Aucun droit plus étendu ne pouvait lui être concédé même par contrat de mariage, article 330 :
« Quelqu'accord ou convenant qui ait été fait par

(1) PESNELLE. *Cout. de Normandie*, sur l'art. 540 (t. II, p. 715).

(2) C'est-à-dire des immeubles acquis dans les bourgs, et qui étaient tenus sans fief du roi ou d'un seigneur.

(3) C'est-à-dire quant aux immeubles tenus en fief.

« contrat de mariage, et en faveur d'icelui, les
« Femmes ne peuvent avoir plus grande part aux
« Conquets faits par le Mari, que ce qui leur appar-
« tient par la Coutume, à laquelle les Contractants
« ne peuvent déroger. »

La Coutume était donc ici plus puissante que la convention.

En ce qui concerne les meubles, la femme a, non plus un droit de communauté, mais un simple droit successoral, qui ne s'ouvre à son profit que si elle survit à son mari, et accepte sa succession. Art. 392 :
« Après la mort du Mari, la Femme a le tiers aux
« meubles, s'il y a enfans vivans de son Mari, en
« contribuant aux dettes pour sa part, hormis les
« frais de funérailles et legs testamentaires; et s'il
« n'y en a point, elle y a la moitié, aux charges que
« dessus. »

Cependant s'il n'y avait que des filles, qui aient été mariées du vivant de leur père, la femme avait également droit à *la moitié* des meubles pourvu que le mari soit quitte du meuble par lui promis à ses filles ou gendres en faveur de mariage (art. 393).

Mais dans le cas de renonciation, ou de prédécès de la femme, aucune portion des meubles n'était acquise ni à elle ni à ses héritiers.

Tel était dans ses grandes lignes le régime matrimonial usité en Normandie : on voit que s'il présente certaines analogies avec la combinaison qui nous occupe, ce n'en est cependant pas la source directe et immédiate.

VIII. — COUTUME D'AUVERGNE. — Nous en dirons autant de la Coutume d'Auvergne, qui, tout en établissant le régime dotal comme base des conventions matrimoniales (art. 1 et 9, chap. XIV), permettait aux époux de former entre eux, dans leur contrat de mariage, une société soit universelle soit particulière, dans les termes que bon leur semblait. En usant de cette faculté, les époux avaient par conséquent le droit de joindre une société d'acquêts à leur régime dotal, car une telle stipulation rentrait dans les termes aussi bien que dans l'esprit de la Coutume : cette pratique devait même y être assez fréquente, car l'Auvergne se trouvait sur la limite entre les provinces de Droit écrit et celles de Droit coutumier, et sur un grand nombre de points, les deux systèmes de législation y étaient mélangés et appliqués concurremment : ce pays se trouvait donc dans une situation plus favorable que tout autre pour le développement de notre régime mixte, s'il est vrai, comme nous l'avons admis plus haut, qu'il soit venu du mélange des habitants du Nord avec ceux du Midi.

Cependant, ce n'est pas encore là que l'on trouve le véritable berceau de l'art. 1581.

IX. — COUTUME DE BORDEAUX. — Le berceau de la société d'acquêts, c'est la Coutume de Bordeaux : c'est principalement dans ce pays qu'elle s'était acclimatée, et elle avait fini par y devenir une véritable clause de style, stipulée dans tous les contrats de mariage.

C'est donc là surtout qu'il faut rechercher les origines de l'art. 1581.

Les rédacteurs du Code civil ont du reste déclaré eux-mêmes, dans les travaux préparatoires, qu'en autorisant cette combinaison par une disposition formelle, leur but avait été « de rassurer une des « plus florissantes cités de la France sur la jouissance d'un usage qu'elle affectionnait (1).

La clause de société d'acquêts était réglementée non seulement par la Coutume de Bordeaux elle-même (2), mais encore par la jurisprudence du Parlement de Bordeaux, dont le ressort s'étendait sur un rayon beaucoup plus considérable. En effet, la Coutume de Bordeaux ne s'appliquait qu'au Bordelais, au Médoc, au Blayais, et aux pays de Buch et de Born (3) ; tandis que le ressort du Parlement de Bordeaux, comprenait en outre les sénéchaussées de Gascogne, d'Aquitaine, des Landes, de l'Agenais, du Périgord et du Limousin (3).

Dans tous ces pays, le régime de droit commun, obligatoire, était le régime dotal : la société d'acquêts n'était jamais statutaire, mais les parties avaient le droit de la stipuler dans leur contrat de mariage, et en fait, les contrats de mariage contenaient presque toujours la clause suivante : « *Les époux s'associent aux acquêts, qu'ils déclarent affecter aux*

(1) LOCRÉ, t. XIII, p. 396. Rapport du tribun Duveyrier.

(2) Rédigée en 1520 sur l'ordre de François I^{er}.

(3) TESSIER. *Traité de la société d'acquêts*, n° 18.

« enfants à naître de leur union, sous la réserve de
« pouvoir avantager desdits acquêts un ou plusieurs
« des mêmes enfants. »

Nous verrons ce qui concerne la réversion des acquêts aux enfants, et le droit d'avantager l'un d'eux, en étudiant la question de savoir si ces stipulations sont encore valables sous l'empire du Code civil.

Quant à la clause de société d'acquêts elle-même, elle devait être stipulée expressément et avant le mariage, et son effet commençait au jour de la bénédiction nuptiale (1). Elle ne portait aucune atteinte à l'inaliénabilité de la dot (2). Les biens que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage étaient exclus de la société, de même que tous ceux qu'ils acquéraient par la suite à titre gratuit, c'est-à-dire à titre de succession, legs ou donation. La société ne comprenait donc que les acquisitions provenant de l'industrie commune des époux (*ex communi collaboratione*), et aussi des économies réalisées sur les revenus de leurs biens propres (3).

Le mari était le chef de la société et le maître des acquêts : il en avait la libre administration, et pouvait les charger de dettes, les hypothéquer, les vendre, sans le concours de sa femme : il pouvait même disposer à titre gratuit de chaque effet particulier de

(1) TESSIER. *Traité de la société d'acquêts*, n° 8 bis.

(2) Id. *id.* n° 8.

(3) Id. *id.* nos 21 et 22.

la société, pourvu qu'il n'use de ce droit « *qu'avec équité et modération, et sans intention de faire fraude aux droits de la femme* » (1).

La femme au contraire n'avait sur les acquêts qu'une simple espérance « incertaine et toujours flottante jusqu'à la mort du mari » (2). Les dettes contractées par elle, même pour les affaires communes, ne tombaient pas régulièrement à la charge de la société (3). Elle n'obligeait la communauté qu'à titre exceptionnel, et dans trois cas seulement : 1° Quand elle avait agi avec l'autorisation de son mari ; 2° quand elle avait agi comme sa mandataire expresse ou tacite ; 3° quand elle était marchande publique (4).

Quant aux biens paraphernaux, d'après la Coutume de Bordeaux, c'est le mari qui en avait la jouissance et l'administration ; mais il en était autrement dans les autres pays du ressort du Parlement de Bordeaux, où la femme avait conservé cette jouissance et cette administration, comme dans les pays de pur droit écrit (5).

La dissolution de la société d'acquêts s'opérait, comme pour les sociétés ordinaires, par la mort naturelle ou par la mort civile, et en outre par la séparation de corps ou de biens.

(1) TESSIER. *Traité de la société d'acquêts*, n^{os} 148, 149 et 150.

(2) Id. *id.* n^o 148.

(3) Id. *id.* n^o 130.

(4) Id. *id.* n^{os} 131 et suiv.

(5) Id. *id.* n^o 8.

La femme avait le droit de renoncer à la société, et dans ce cas, elle reprenait ses biens dotaux et paraphernaux quittes de toutes les dettes que le mari avait pu contracter pendant le mariage.

Cette renonciation était permise à la femme ou à ses héritiers, malgré toute clause contraire insérée dans le contrat de mariage des époux, ou stipulée dans un acte postérieur fait pendant le mariage (1). Elle pouvait être exercée pendant trente ans en rapportant un inventaire, ou même un simple état affirmatif (Tessier, n° 181).

Contrairement à ce qui se passait pour la communauté dans les Pays de Droit Coutumier, la femme, après avoir d'abord accepté la société d'acquêts, pouvait changer d'avis et renoncer, en rendant compte de son administration (2).

Mais la renonciation une fois faite était irrévocable : tous les acquêts étaient censés, par un effet rétroactif, avoir toujours appartenu au mari, *jure non decrescendi* (3).

Enfin, au lieu de renoncer à la société d'acquêts, la femme pouvait l'accepter, et dans ce cas, les effets de son acceptation se réglaient par les mêmes principes que ceux établis pour l'acceptation des successions de la part des héritiers (4).

(1) TESSIER. *Traité de la société d'acquêts*, n° 180.

(2) Id. *id.* n° 183.

(3) Id. *id.* n° 185.

(4) Id. *id.* n° 198.

La théorie de la société d'acquêts était, on le voit, parfaitement formée dans la Coutume de Bordeaux, et sa réglementation y était complète.



CHAPITRE PREMIER

CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS JOINTE AU RÉGIME DOTAL

X. — Nous venons de voir que la combinaison de la société d'acquêts avec le régime dotal était usitée depuis plusieurs siècles dans un certain nombre de nos anciennes provinces, et notamment dans le ressort du Parlement de Bordeaux.

Le Code civil à son tour l'a consacrée expressément dans l'art. 1581 qui est ainsi conçu : « En se « soumettant au régime dotal, les époux peuvent « néanmoins stipuler une société d'acquêts, et les « effets de cette société sont réglés comme il est dit « aux articles 1498 et 1499. »

En abordant l'étude de cette clause, on peut d'abord se demander pourquoi le législateur lui a donné le nom de *société* d'acquêts, au lieu de *communauté* d'acquêts.—Ces deux expressions sont en réalité synonymes. Si les rédacteurs du Code civil se sont servis, dans l'art. 1581, de la formule *société* d'acquêts, c'est simplement pour se conformer à la tradition du Parlement de Bordeaux. Il a été attesté en effet le

20 mai 1704 « que dans le ressort de ce Parlement, « les notaires n'avaient pas accoutumé de se servir « du terme de *communauté* dans les contrats de mariage, mais bien de celui de société d'acquêts, « lequel signifiait la même chose que celui de communauté, en usage dans le ressort du Parlement « de Paris » (1).

Cet usage s'est généralisé, et on a pris l'habitude de réserver l'expression communauté d'acquêts pour le cas où elle est stipulée comme régime principal, et de la qualifier société d'acquêts quand elle est jointe au régime dotal.

XI. — La clause de société d'acquêts doit être stipulée expressément dans le contrat de mariage. Nous avons dit, il est vrai, que sous l'empire du Code civil, on ne trouve presque jamais dans la pratique de régime dotal pur, et que les époux y joignent toujours une société d'acquêts : mais si fréquente que soit cette stipulation, on n'a pas le droit de la présumer. Il ne faut pas perdre de vue en effet que, au moins en droit, c'est là une clause exceptionnelle, et qui modifie profondément le régime dotal tel qu'il est établi par le Code civil. C'est donc une dérogation au régime principal adopté dans le contrat de mariage, et il est dès lors évident qu'elle ne peut résulter que d'une stipulation spéciale et formelle.

(1) TESSIER. *Traité de la société d'acquêts*, n° 17.

Bien entendu aucun terme sacramentel n'est exigé : notre législation moderne a su se dégager de tout esprit de formalisme, et pourvu que l'intention des parties soit manifestée d'une manière claire et précise, peu important les expressions dont elles se sont servies.

Par exemple, si le contrat de mariage contient la formule suivante : « les futurs conjoints seront communs en tous les biens qu'ils acquerront », nous considérerons sans hésiter cette clause comme constituant la société d'acquêts prévue par l'art. 1581, car l'intention évidente des parties est d'exclure de la communauté tout ce qui n'est pas acquêts.

Nous devons cependant signaler que, au moins en ce qui concerne la stipulation de communauté d'acquêts comme régime principal, une difficulté avait été soulevée par certains auteurs (1) qui prétendaient que les termes de l'art. 1498 étaient restrictifs (2) et que, pour constituer la communauté réduite aux acquêts, il fallait nécessairement employer la formule exclusive dont se sert la loi, c'est-à-dire déclarer expressément qu'il *n'y* aura entre les époux *qu'une* communauté d'acquêts. Faute d'employer ces deux particules exclusives, la communauté n'aurait

(1) MERLIN. Répertoire, v^o Réalisation, § 1, n^o 2. — TOULLIER, t. XIII, n^o 317.

(2) Art. 1498 : « Lorsque les époux stipulent qu'il *n'y* aura entre eux *qu'une* communauté d'acquêts, ils sont censés exclure de la communauté et les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier respectif présent et futur. »

pas été limitée aux acquêts : on serait retombé dans la communauté légale.

Cette opinion n'avait généralement pas été admise : la jurisprudence et la majorité des auteurs (1) ont toujours repoussé cette interprétation de l'art. 1498 comme beaucoup trop judaïque : il est évident en effet que quand les époux déclarent adopter la Communauté d'acquêts, c'est seulement à la Communauté *réduite* aux acquêts qu'ils entendent se soumettre : *Qui dicit de uno, negat de altero*. — Mais spécialement en ce qui concerne notre matière, c'est-à-dire pour la société d'acquêts sous le régime dotal, la question ne peut pas faire le moindre doute. En effet, si, après avoir adopté le régime dotal dans leur contrat de mariage, les époux ajoutent *qu'ils seront néanmoins associés aux acquêts*, il est certain que leur association ne peut pas dépasser ces acquêts, et que c'est seulement en ce qui concerne ces derniers qu'ils ont voulu déroger aux principes du régime dotal. Leur intention est évidente ; ce qu'ils ont voulu dire, c'est que, — tandis que leurs intérêts seront séparés en vertu du régime dotal pour tout ce qui concerne leur fortune personnelle antérieure au mariage, et pour tout ce qui leur adviendra par la suite à titre gratuit, — au contraire ces mê-

(1) TROPLONG. *Tr. du Cont. de Mariage*, III, n° 1855. — LAURENT. *Principes de Droit civil*, t. XXIII, n° 125. — AUBRY et RAU, t. V, § 522, note 2. — RODIÈRE et PONT. *Tr. du Cont. de Mariage*, t. II, n° 1222 et 1223. — Cass. *Req. rejet.*, 1^{re} juin 1853, aff. Pennetier. — DALLOZ, 1853, 1, 242.

mes intérêts seront confondus quant aux biens meubles et immeubles qui seront acquis à titre onéreux pendant le mariage avec les produits de leurs économies et de leur industrie commune. Aucune équivoque n'est possible.

XII.— Non-seulement aucune formule sacramentelle n'est exigée pour constituer la société d'acquêts, mais cette stipulation peut même être implicite. D'après la jurisprudence, elle pourrait même résulter simplement de l'ensemble des conventions matrimoniales (1).

Dans le cas où des doutes viendraient à s'élever sur l'interprétation à donner aux termes d'un contrat de mariage, il est certain qu'on devra admettre plus facilement l'intention de constituer une société d'acquêts dans les contrées qui en ont l'habitude longue et invétérée, telles que les départements de l'ancien ressort du Parlement de Bordeaux et de l'ancienne Normandie (2). C'est en effet l'usage qui est le meilleur interprète des conventions.

Mais il ne faut cependant pas exagérer ce principe, dont l'application est ici limitée par l'art 1390 du Code civil ainsi conçu : « Les époux ne peuvent
« plus stipuler d'une manière générale que leur as-
« sociation sera réglée par l'une des Coutumes, lois

(1) Cass., 16 décembre 1840, Req. rej. Affaire Grand. DALLOZ, 1841, 1, 33.

(2) PIOLET. *De la communauté d'acquêts*, p. 165. — DE FOLLEVILLE. *Étude sur la soc. d'acq.*, n° 38. (*Revue pratique*, t. XL, p. 216).

« ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogés par le présent Code. »

Il ne suffirait donc pas aux parties de déclarer d'une manière générale, par exemple qu'ils adoptent le régime dotal tel qu'il était réglementé par la Coutume de Bordeaux ou par la Coutume de Bayonne. Une telle stipulation, bien que très claire et très précise, serait radicalement nulle comme contraire aux dispositions de l'art. 1390.

XIII. — La société d'acquêts peut-elle être stipulée à terme, ou sous condition ?

Nous pensons qu'elle ne peut pas être constituée à terme ; que les parties ne peuvent pas dire par exemple, dans leur contrat de mariage, que la société d'acquêts ne commencera qu'après un an et un jour de cohabitation. Cette clause était usitée dans un certain nombre de nos anciennes Coutumes, mais sous l'empire du Code civil, elle serait nulle, parce qu'elle aboutirait à une véritable succession de régimes matrimoniaux : dans une première période de leur mariage, les époux seraient en effet soumis au régime dotal pur, et dans une seconde, au régime dotal avec société d'acquêts. Or ce système serait incompatible avec les principes de notre législation moderne, qui interdit de stipuler dans un contrat de mariage plusieurs régimes successifs ; l'art. 1399 du C. civ., le prohibe formellement, et c'est un de ces textes qui, bien qu'insérés au chapitre de la

communauté légale, ont une portée plus générale et doivent être étendus à tous les autres régimes. Le point de départ de la société d'acquêts, comme celui du régime dotal, est donc nécessairement le jour du mariage, et il n'est pas permis aux époux de convenir qu'elle commencera soit avant soit après.

A plus forte raison deux époux mariés sous le régime dotal pur ne peuvent pas, au cours de leur mariage, stipuler entre eux une société d'acquêts. Une telle stipulation serait nulle comme contraire à l'art. 1395 du C. civ., qui déclare que « les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. »

Dans notre Ancien Droit, on avait considéré cette stipulation comme une donation indirecte, et par suite, on l'avait déclarée valable dans les pays de Droit écrit, où les époux avaient le droit de se faire des donations à cause de mort (1).

Fidèles à cette tradition, quelques auteurs (2) ont voulu soutenir que sous l'empire du Code civil cette stipulation était encore permise, puisque les époux, aux termes des articles 1094 et 1096, peuvent aujourd'hui comme autrefois se faire des donations révocables à leur volonté.

Cette opinion ne nous paraît pas admissible et cela pour deux raisons : la première c'est que les

(1) TESSIER. *De la soc. d'acq.*, n° 9.

(2) MERLIN. *Quest. de Droit*, v° *Cont. de Mariage*, § 5, n° 2. — TOULLIER. t. XII, n°s 35, 40 et 41.

donations à cause de mort sont elles-mêmes prohibées par le Code civil (art. 893); et la seconde c'est que le fait par les époux de joindre, au cours de leur union, une société d'acquêts à leur régime dotal adopté seul à l'origine, constitue non pas une donation, mais un véritable pacte de mariage, qui tombe par conséquent sous le coup des prohibitions de l'art. 1395, puisqu'il modifierait le contrat de mariage (1).

XIV. — La société d'acquêts ne peut donc pas être stipulée à terme. Mais peut-on la soumettre à une condition? Par exemple les époux peuvent-ils, en adoptant le régime dotal, ajouter qu'il y aura entre eux une société d'acquêts si tel événement se produit, par exemple si la femme survit à son mari, ou encore si tel procès réussit?

On a prétendu (2) que cette clause ne peut pas être validée à cause de l'incertitude dans laquelle les époux et les tiers se trouveraient en attendant l'arrivée de la condition: il y aurait — dit-on, — pendant le mariage, une période plus ou moins longue, pendant laquelle les époux eux-mêmes ignoreraient s'ils sont communs ou s'ils ne le sont pas; « et il est impossible que la sagesse du législateur se prête à de telles incertitudes. » En effet ce dont il s'agit

(1) AUBRY et RAU, t. V, § 503 bis, texte et note 14. — TROPLONG, t. I, n° 206.

(2) TROPLONG, t. I, n° 332. — BELLOT DES MINIÈRES. *Régime dotal et société d'acquêts*, n° 2769.

dans un contrat de mariage, ce n'est pas seulement de régler les intérêts des époux après la dissolution de leur union, c'est surtout de fixer leur position pendant l'association conjugale. Or, avec l'apposition d'une condition, l'incertitude la plus complète régnera jusqu'à ce que l'événement se produise, et les tiers n'oseront jamais traiter avec les époux : la condition serait bien plus dangereuse encore que le terme, et puisque le législateur a prohibé le terme, on doit en conclure *a fortiori* qu'il a voulu aussi interdire la condition.

Au point de vue du droit rationnel, ces objections auraient certainement une valeur très réelle ; mais nous ne pensons pas que, dans l'état actuel de notre législation, elles puissent suffire pour faire écarter l'application des textes et des principes généraux. — Aux termes de l'article 1179, C. civ. « La condition accomplie a un effet rétroactif au « jour auquel l'engagement a été contracté. » Par conséquent, s'il s'agit par exemple d'une condition suspensive et que l'événement se produise, la société d'acquêts sera censée avoir toujours existé depuis la célébration du mariage ; au contraire si la condition ne se réalise pas, les époux auront toujours été mariés sous le régime dotal pur. Il n'y a donc pas ici succession de régimes matrimoniaux, et on ne peut pas prétendre que l'art. 1599 soit violé.

Nous pensons donc que la société d'acquêts peut être stipulée sous condition, parce que aucun texte ne l'interdit. Le Code civil, cela est vrai, prohibe bien

le terme, mais l'art. 1599 est un texte d'exception, et les exceptions sont de droit étroit, et ne peuvent pas être étendues. Quant aux arguments de raison, si puissants qu'ils puissent être, ils ne sauraient tenir en échec un principe comme celui de la liberté des conventions, qui est un principe supérieur et dominant.

XV.— Les époux, quand ils adjoignent une société d'acquêts à leur régime dotal, ne sont pas astreints à adopter la combinaison telle qu'elle est réglementée par le Code civil. Ils ont, bien entendu, le droit de la modifier au moyen de toutes les clauses que bon leur semble, pourvu qu'elles n'aient par elles-mêmes rien d'illégal.

Parmi ces modifications, il en est quelques-unes que l'usage avait consacrées dans notre Ancien Droit et que nous allons passer rapidement en revue, parce que, sous l'empire du Code civil, des doutes plus ou moins sérieux se sont élevés sur leur validité.

ATTRIBUTION A L'ÉPOUX SURVIVANT DE LA PART DU PRÉDÉCÉDÉ DANS LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS. — En stipulant une société d'acquêts, les époux peuvent convenir que la totalité de cette société appartiendra au survivant, ou à l'un d'eux s'il survit.

Il ne faudrait pas assimiler cette convention aux sociétés léonines que prohibe l'article 1855, quand il déclare nulle « la convention qui donnerait à l'un

« des associés la totalité des bénéfices. » — Nous savons en effet que, malgré la dénomination de *société d'acquêts*, ce ne sont pas les règles édictées au titre du Contrat de Société qui sont applicables en notre matière, mais celles de la Communauté et du Contrat de Mariage.

D'ailleurs ici, la réserve de la totalité des bénéfices à l'un des époux n'est pas certaine, mais seulement aléatoire, puisqu'elle est subordonnée à la chance de survie.

Cette stipulation qui attribue au survivant la part du prédécédé doit être considérée comme une convention de mariage et non pas comme une donation. Des doutes s'étaient élevés sur cette question dans l'Ancien Droit (1), mais ils ne peuvent plus subsister aujourd'hui en présence de l'article 1525 du Code civil.

Cette clause est donc affranchie des règles relatives aux donations, et bien qu'elle procure un avantage à l'époux survivant, les héritiers réservataires du prédécédé ne peuvent pas en demander la réduction, dans le cas où il dépasserait la quotité disponible entre époux (2).

Il n'y a exception à cette règle que au profit des enfants d'un précédent mariage. Dans ce cas, si l'avantage qui résulte de cette clause pour le survivant dépassait « la portion réglée par l'art. 1098 »,

(1) TESSIER. *Soc. d'acq.*, n° 15.

(2) Cass., 29 janv. 1866. Aff. Boillet. D. 1866, 1, 65.

les enfants du premier lit pourraient en demander la réduction dans ces limites, conformément à l'article 1527.

Cette solution a été contestée : on a fait remarquer qu'il ne s'agit dans notre hypothèse que d'une société d'acquêts, et que le dernier alinéa de l'art. 1527 dispose que « les simples bénéfices résultant des « travaux communs et des économies faites sur les « revenus respectifs, quoiqu'inégaux, des deux « époux, ne sont pas considérés comme un avantage « fait au préjudice des enfants du premier lit. » — On a voulu en conclure que l'attribution des bénéfices de la société d'acquêts ne peut jamais être considérée comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit, et que les époux ont le droit de les répartir entre eux comme bon leur semble, sans avoir à redouter aucune action en réduction.

Mais la Cour de cassation n'a pas admis cette interprétation de l'art. 1527 (1). Elle a décidé que la disposition finale de ce texte signifie simplement qu'on ne doit pas considérer comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit, le partage normal, c'est-à-dire le *partage égal*, des biens d'une société d'acquêts, alors qu'il y a eu inégalité entre les revenus respectifs des époux..... mais que cet art. 1527 *in fine* ne vise nullement la clause exceptionnelle qui attribue au survivant la totalité des bénéfices.

(1) Cass., 13 avril 1858. Aff. Thierry. D. 1858, 1,406.

XVI. — RÉVERSION DES ACQUÊTS AUX ENFANTS A NAITRE (1). — Nous avons vu que dans le ressort du Parlement de Bordeaux, il était presque de style dans les contrats de mariage, de réserver les acquêts au profit des enfants à naître de l'union. Les époux restaient libres pendant le mariage d'en disposer à titre onéreux, mais ils n'avaient plus le droit d'en disposer à titre gratuit. Le décès de l'un des conjoints rendait les enfants propriétaires de sa portion d'acquêts, sur laquelle l'autre époux n'avait plus aucun droit; quant à la part de l'époux survivant, elle devenait indisponible entre ses mains, il en conservait la jouissance, mais il ne pouvait plus l'aliéner ni l'hypothéquer, si ce n'est pour le paiement des dettes sociales (2).

Cette clause est-elle encore valable sous l'empire du Code civil ?

Les avis sur ce point sont très partagés.

Dans un *premier système*, on soutient que cette reversion des acquêts aux enfants est de nos jours encore parfaitement valable. On en trouve la preuve dans les paroles prononcées par M. Duveyrier dans son rapport au Tribunat, au cours des Travaux Préparatoires. « On pourra encore, dit-il, stipuler la totalité des acquêts en faveur du survivant, ou en faveur des enfants, pourvu que l'ordre légal des suc-

(1) V. spécialement sur cette question TESSIER, *De la Soc. d'acquêts*, appendice au titre II, § 2, pages 532 à 565.

(2) TESSIER, nos 302 bis, 315, 316, 321, 351 et 352.

cessions soit maintenu, et la loi limitative des donations respectée (1) ».

Et l'art. 304, C. civ. vient confirmer cette opinion quand il déclare que le divorce ne prive les enfants nés du mariage d'aucun « des avantages qui leur « étaient assurés par les lois ou par les conventions « matrimoniales de leurs père et mère. » — Il est donc permis d'assurer le sort des enfants par le contrat de mariage lui-même, et c'est précisément le but de la clause qui nous occupe.

Cette clause en effet constitue non pas une donation, mais un pacte de mariage : cela est tellement vrai que, dans notre Ancien Droit, elle était dispensée des formalités de l'insinuation. Pourquoi dès lors ne pas admettre une clause qui, échappant aux prohibitions qui frappent les donations, devra participer à la liberté et à la faveur exceptionnelles dont jouit le Contrat de Mariage (2).

Dans un *second système*, qui nous paraît préférable, on déclare la clause de reversibilité nulle et proscrite par la loi nouvelle.

Cette clause constitue-t-elle un pacte de mariage, ou une donation ? — Là est toute la question, car si c'est un pacte de mariage, il est valable, si c'est une donation, elle est nulle.

Or, il nous paraît impossible de considérer la ré-

(1) LOCRÉ, t. XIII, p. 396 et 397. — FENET, t. XIII, p. 765.

(2) TROPLONG, t. III, 1858-1860. — RODIÈRE et PONT, t. II, n° 1226.
— DALLOZ *Répertoire*, v° *Contrat de Mariage*, n° 2586.

serve des acquêts aux enfants à naître de l'union comme une convention de mariage.

En effet, les stipulations insérées dans un contrat de mariage sont de deux sortes : les unes ont pour but de régler la situation respective des époux à l'égard de leurs biens ; elles sont intéressées des deux côtés, et établissent une réciprocité de droits et de devoirs entre les conjoints ; ce sont les conventions matrimoniales proprement dites ; — les autres sont des libéralités : on n'y trouve qu'un donateur qui se dépouille, et un donataire qui est gratifié. Sans doute, il peut y avoir des conventions matrimoniales qui en dernière analyse aboutissent à procurer un avantage à l'un ou à l'autre des conjoints, et qui doivent cependant être considérés comme de simples pactes de mariage, mais alors c'est que leur but principal est de constituer le régime sous lequel les époux doivent vivre.

La réserve des acquêts aux enfants ne rentre pas dans ce cas ; cette clause n'intéresse pas les rapports des époux entre eux : c'est une disposition faite au profit exclusif des enfants : les époux donnent : ils se privent de la disposition de leurs biens, mais ils ne retirent pas personnellement le moindre profit de la clause : ce n'est donc pas une convention de mariage ; on y trouve au contraire tous les caractères d'une donation ; et c'est une donation à cause de mort, puisqu'elle ne produira son effet qu'au décès des conjoints.

Du moment que la clause qui nous occupe consti-

tue une donation, elle est nulle et cela pour plusieurs raisons : elle est nulle d'abord parce que c'est une donation à cause de mort et que les dispositions de ce genre sont prohibées par le Code, qui ne reconnaît et ne réglemente que les dispositions entre vifs et testamentaires (art. 893). Elle est encore nulle parce que ce serait une donation faite au profit d'enfants non encore conçus, et que de telles donations sont nulles pour défaut de capacité du donataire (art. 906). Les donations au profit de personnes non encore conçues ne sont valables que dans deux cas : au cas de substitution permise, et au cas d'institution contractuelle. Or ici nous n'avons pas de substitution, et pour qu'il n'y eût institution contractuelle (art. 1082 C. civil), il faudrait une libéralité émanant d'un étranger, et faite d'abord au profit de l'un des époux, les enfants à naître n'étant appelés que par une sorte de substitution vulgaire.

Nous pensons donc que sous l'empire du Code civil, les époux ne peuvent plus, en stipulant une société d'acquêts, réserver ces acquêts au profit des enfants à naître du mariage (1).

XVII. — DE LA CLAUSE QUI RÉDUIT LA SOCIÉTÉ AUX ACQUÊTS IMMOBILIERS. — Dans la Normandie, sous

(1) V. en ce sens : Bordeaux, 18 août 1864. Aff. Delignac. Sir. 65, 2, 15. — Bordeaux, 23 août 1865. Aff. Richard. Dall., 66, 2, 217. — LABBÉ. Dissertation sur l'arrêt de Bordeaux du 23 août 1865, dans le *Journal du Palais*, 1866, p. 345 et la note. — LAURENT, t. XXI, n° 133, p. 162. — AUBRY et RAU, t. V, § 504, texte et note 16, p. 217.

l'ancien droit, cette clause était usuelle, et la tradition s'en est conservée, car de nos jours encore on la rencontre assez fréquemment dans les départements qui correspondent à cette ancienne province.

Que faut-il penser aujourd'hui de sa validité?

Quelques auteurs ont soutenu que sous l'empire du Code civil cette clause n'est pas valable, parce qu'elle porterait atteinte à une règle dominante en cette matière, la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1). Ce serait un régime précaire, qui ne serait pas fixé définitivement par le contrat de mariage, puisqu'il dépendrait du mari de constituer ou de ne pas constituer la société d'acquêts en employant les économies du ménage à acheter soit des meubles, soit des immeubles.

De plus, cette clause laisserait au mari une trop grande facilité de s'avantager au détriment de sa femme, ou au contraire de faire à celle-ci des donations déguisées. Or, d'après Pothier, « les clauses qui laissent au mari le pouvoir de s'avantager des biens de la communauté aux dépens de la femme, ou d'en avantager la femme à ses dépens, ne sont pas valables (2) ». Et ces principes ont passé dans le Code civil, dont l'art. 1099 prohibe les donations déguisées entre époux.

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VI, n° 462 bis, VII, p. 338. — RODIÈRE et PONT, 1^{re} édition, t. II, n° 1332. — BELLOT DES MINIÈRES, régime dotal et communauté d'acquêts, t. IV, n° 2805.

(2) POTHIER. *Introduction au traité de la communauté*, n° 7.

Cette opinion n'a généralement pas été suivie et la plupart des auteurs admettent avec la jurisprudence la validité de cette clause. Le principe qu'on ne doit pas laisser aux époux la faculté de s'avantager indirectement pendant le mariage n'était pas absolu, même dans l'ancien droit, puisqu'il ne faisait pas obstacle à la société d'acquêts de la Normandie, qui était restreinte aux immeubles et aux rentes seulement.

D'ailleurs le principe indiqué par Pothier n'est pas sanctionné explicitement par le Code civil, et on peut dire qu'il n'y est pas passé d'une manière absolue : ainsi, sous le régime de la communauté d'acquêts, il suffit au mari de ne pas faire inventaire des successions mobilières qui lui adviennent pendant le mariage, pour les faire tomber, malgré le contrat, en communauté, et par suite en avantager sa femme.

Il est vrai que cette clause est désavantageuse pour la femme, mais elle ne peut pas s'en plaindre, car c'est avant le mariage, c'est-à-dire en toute liberté, qu'elle l'a stipulée. Et d'ailleurs, elle aurait fort bien pu se soumettre à un régime plus défavorable encore, par exemple au régime exclusif de communauté, sous l'empire duquel elle n'aurait participé en aucun cas aux acquisitions quelles qu'elles soient, faites par le mari, pas même à celles faites avec les économies réalisées sur les revenus de sa dot.

Quant au reproche de violer le principe de l'im-

mutabilité des conventions matrimoniales, il n'a rien de juridique : le mari en effet n'a le pouvoir de rien changer au contrat de mariage : il a le droit de ne pas acheter d'immeubles, cela est vrai, mais quand même il n'en achèterait aucun, la société n'en existerait pas moins virtuellement, indépendamment de tout actif; sans doute son but est d'acquérir des immeubles, mais quand même ce but ne serait jamais réalisé, elle n'en aurait pas moins subsisté. La situation est la même sous la société d'acquêts ordinaire : là aussi il se peut que le mari n'achète ni meubles, ni immeubles, s'il ne fait pas d'économies, et cependant la société aura existé, personne ne le niera.

La clause qui réduit la société aux acquêts soit mobiliers, soit immobiliers, n'a donc en droit rien de plus précaire que la société d'acquêts ordinaire, et sa validité ne doit pas faire de doute (1).

XVIII. — En ce qui concerne la *capacité* nécessaire chez les époux pour adopter le régime dotal avec société d'acquêts, on a soulevé une difficulté qui, à vrai dire, n'est pas spéciale au régime qui

(1) Cass., 30 janv. 1830. Aff. Vimard c. Chéron. D., 50, 1, 171. — 3 août 1852. Aff. veuve Vimard c. héritiers Vimard. D., 52, 1, 237 — Caen, 31 mai 1828. Aff. Brisson; — 21 janvier 1850. Aff. Jourdan; — 12 novembre 1853. Aff. Bulot. D., 51, 2, 127 et 128; 55, 2, 106. — Rouen, 29 juin 1850. Aff. Le Ber; — 15 mars 1851. Aff. Lemonnier. D., 51, 2, 260. — LAURENT, t. XXIII, n° 195. — RODIÈRE et PONT, t. II, n° 1232. — AUBRY et RAU, t. V, § 522, texte et note 37, p. 461. — TROPLONG, t. III, n° 1856.

nous occupe, mais qui rentre plutôt dans la question plus générale, de savoir quel est le sort des conventions matrimoniales passées par un mineur non habilité dans les termes de l'art. 1398.

Dans un premier système, on prétend que le mineur peut toujours seul et sans aucune autorisation, rendre sa condition meilleure, et que la loi ne le protège qu'autant qu'il éprouve un dommage. *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus.* — D'après cette théorie, quand un mineur aura passé seul son contrat de mariage, il faudra distinguer entre les diverses stipulations contenues dans ce contrat : on annulera celles qui pourraient entraîner de sa part des aliénations, et on validera les autres.

Si on applique ces principes au régime dotal avec société d'acquêts, il faudra — prétend-on — déclarer valable la convention principale qui porte adoption du régime dotal, car ce régime conserve à chacun des époux les biens qui lui appartiennent, et il faudra au contraire annuler la clause de société d'acquêts, parce qu'elle peut amener des aliénations du moins dans l'avenir, en diminuant la quantité des biens qui doivent lui advenir.

Cette opinion nous paraît inadmissible : il nous paraît impossible, au point de vue juridique, de diviser ainsi le contrat de mariage : un acte, quel qu'il soit, doit être accepté ou rejeté dans son entier, « *aut ex toto summemdum aut ex toto rejiciendum.* »

Il nous semble d'ailleurs que la clause de société d'acquêts ne fait éprouver aucun dommage au mi-

neur : il n'aliène aucune partie de son patrimoine, car il conserve en propre tous les biens qu'il possédait au jour de son mariage : cette clause rend au contraire sa condition meilleure, puisqu'elle lui permet de prendre part aux bénéfices de l'industrie séparée de son conjoint : surtout pour la femme, la société d'acquêts ne peut lui être qu'avantageuse.

Nous pensons donc que si la théorie que nous venons d'exposer était exacte, c'est pour le tout que le contrat de mariage devrait être validé.

Mais cette théorie nous semble difficile à soutenir en présence d'un texte aussi positif que l'art. 1398 : « ... les conventions faites par le mineur sont valables pourvu qu'il ait été assisté dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. » — Il est impossible de déclarer d'une façon plus formelle que ces conventions sont nulles si elles ont été faites sans le consentement de ces mêmes personnes.

Nous pensons donc que le contrat de mariage est nul pour le tout, et que le mineur se trouve marié sans contrat, c'est-à-dire sous le régime de la communauté légale. Sans doute, c'est là une protection maladroite pour le mineur, car on va lui imposer des aliénations bien plus considérables qu'elles ne le seraient sous le régime dotal avec société d'acquêts, mais c'est certainement la loi ; et ce n'est du reste qu'une conséquence de l'adoption du régime de communauté comme régime légal.

XIX. — Nous allons maintenant supposer une société d'acquêts stipulée valablement, et dans les termes ordinaires prévus par l'art. 1581 du Code civil, et nous allons rechercher quels sont les effets de cette stipulation.

Ce que nous nous proposons d'étudier, ce n'est bien entendu ni la Communauté d'acquêts, ni le Régime dotal considérés en eux-mêmes : les théories de ces deux régimes suffiraient amplement à fournir chacune la matière d'un travail comme celui-ci, et nous n'avons pas l'intention d'entreprendre une œuvre aussi vaste. L'objet de cette étude, c'est simplement la combinaison de la société d'acquêts avec le régime dotal, c'est-à-dire l'examen des difficultés qui naissent de la juxtaposition de ces deux régimes.

Nous supposerons donc connues les règles du régime dotal et celles de la communauté d'acquêts, et pour celles de ces règles qui peuvent s'appliquer ici sans exclure celles de l'autre régime, nous nous contenterons d'une mention rapide. Nous n'insisterons que sur les cas où il y a contrariété entre les règles de la dotalité et celles de la communauté, et où par conséquent il n'est plus possible d'appliquer parallèlement les unes et les autres ; — et aussi sur certaines questions qui résultent non plus d'un antagonisme entre les principes des deux régimes, mais plutôt d'un état de choses nouveau qui tient à leur juxtaposition, et qu'on ne peut plus concevoir quand on les isole ; — par exemple la question de

savoir si la dotalité stipulée par tous les biens présents et à venir s'applique aux biens que la femme recueille pour sa part dans la société d'acquêts.

XX. — L'article 1581, qui permet de stipuler une société d'acquêts sous le régime dotal, n'établit pas de règles particulières pour ce cas. Il se borne à dire que les effets de cette société seront réglés comme il est dit aux articles 1498 et 1499, lesquels sont relatifs à la communauté réduite aux Acquêts.

Ce renvoi pur et simple n'est pas suffisant, et il ne faut même pas le prendre à la lettre, car il y a entre les deux hypothèses des différences profondes : en effet la communauté réduite aux Acquêts est une modification de la communauté légale et constitue un régime unique et indépendant, tandis que la Société d'acquêts n'est qu'une clause accessoire du régime dotal.

Cette dernière combinaison donne en réalité deux régimes distincts qui coexistent, qui se modifient l'un par l'autre, mais qui ne se confondent pas : les effets de la société d'acquêts s'appliqueront à certains biens, tandis que certains autres relèveront du régime dotal pur avec toutes ses conséquences. Mais si aucun des deux régimes n'absorbe l'autre, nous pouvons cependant poser en principe que la prépondérance appartient au régime dotal, et que la société d'acquêts ne joue qu'un rôle accessoire. — Nous nous fondons pour le décider ainsi sur l'histoire, sur le texte et sur la raison.

Nous savons en effet que dans la Coutume de Bordeaux, la Société d'acquêts a pris naissance comme paragraphe additionnel du régime dotal ; et de même les rédacteurs du Code civil ont placé l'article 1581 comme un appendice au contrat dotal dont ils venaient de s'occuper longuement. — Enfin, cette manière de voir est bien conforme à l'intention des parties, car il est certain que quand une femme adopte le régime dotal avec société d'acquêts, sa préoccupation principale est de mettre sa fortune présente à l'abri des coups du sort : sans cela, elle n'aurait pas recours à la dotalité.

De ce principe que la Société d'acquêts n'est qu'une clause accessoire du régime dotal, nous devons déduire la règle suivante : *« c'est que tous les biens qui ne rentrent pas dans la société d'acquêts seront soumis au régime dotal et à toutes les conséquences qui découlent notamment des articles 1549, 1551 et suivants ; — et que les règles de la communauté ne devront être appliquées qu'aux biens qui composent la société d'acquêts. »*

C'est là la formule fondamentale qui devra nous servir constamment de guide dans cette étude.

Mais avant d'en aborder les difficultés d'application, commençons par préciser quels sont les biens qui entrent dans la société d'acquêts.

CHAPITRE II

COMPOSITION ACTIVE ET PASSIVE DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

ACTIF

XXI. — La société d'acquêts, comme toute communauté, a un actif et un passif. Mais il faut remarquer qu'au moment même du mariage, elle ne se compose pour ainsi dire que d'espérances, car les époux ne mettent en commun aucun de leurs biens présents : par le fait seul de la stipulation d'acquêts, ils excluent de l'actif de leur communauté même les biens mobiliers qu'ils possèdent au jour du mariage ; de sorte que c'est en réalité une société *in futurum* qui se forme, société qui comprendra les produits du travail et de l'industrie des époux, et les revenus de leurs biens propres.

On ne peut donc pas dès l'origine préciser le *quantum* de la masse commune ; tout ce que l'on peut faire, c'est de fixer la nature des biens dont elle pourra se composer.

Pour son actif et son passif, la Société d'acquêts

est régie par les mêmes règles que la Communauté réduite aux Acquêts. Elle comprendra par conséquent, d'après les articles 1498 et 1401 C. civ. :

1° Les revenus des biens propres du mari, et ceux des biens dotaux ;

2° Les produits du travail et de l'industrie des deux époux ;

3° Sauf controverse, les économies que la femme pourra faire sur les revenus de ses biens paraphernaux ;

4° Enfin les acquisitions à titre onéreux, qui seront faites au moyen de deniers provenant des trois sources précédentes.

XXII. — 1° *Revenus des biens dotaux et des biens propres du mari.* — Sur ce point l'adjonction d'une société d'acquêts modifie profondément les règles du régime dotal : en effet sous le régime dotal pur, le mari aurait profité seul de tous les revenus de ses biens personnels et de ceux des biens dotaux, et la femme n'y aurait eu aucune part, tandis qu'avec notre régime mixte, il va être obligé de les verser dans la société d'acquêts. — Celle-ci en jouira comme une usufruitière, et par conséquent sera tenue de toutes les charges de la jouissance.

La société d'acquêts n'a droit qu'aux « fruits, « revenus, intérêts et arrérages..... échus ou perçus « pendant le mariage. » (Art. 1401.)

Elle n'a donc aucun droit sur les fruits et revenus

échus avant la célébration du mariage, ou après sa dissolution.

Quant aux fruits pendants par branches ou par racines au moment soit de l'ouverture, soit de la dissolution de la société, ils appartiendront à la société ou à l'époux selon les règles de la communauté d'acquêts, qui ici sont elles-mêmes, en principe du moins, identiques à celles de la communauté légale.

XXIII.—Mais en ce qui concerne les fruits naturels des biens dotaux, nous rencontrons une difficulté sur le point de savoir comment il faut les partager, à la dissolution du mariage, entre la société et la femme ou ses héritiers. — Nous trouvons déjà ici un premier conflit entre les règles de la communauté et celles du régime dotal.

En effet, sous le régime de la communauté, les fruits naturels des biens propres à l'un ou à l'autre des époux s'acquièrent selon le droit commun, c'est-à-dire par la séparation (Art. 585, C. civ.). — Par conséquent s'il y a, à la dissolution du mariage, des fruits pendants par branches ou par racines sur un immeuble propre, ils appartiendront en totalité à l'époux propriétaire de cet immeuble, sauf la question de savoir s'il devra récompense à la communauté pour les frais de labour et d'ensemencement.

Au contraire, sous le régime dotal, les fruits des biens dotaux sont à ce point de vue assimilés à des fruits civils, et s'acquièrent jour par jour. — L'article 1571, C. civ., dispose en effet que « à la dis-

« solution du mariage, les fruits des immeubles
« dotaux se partagent entre le mari et la femme ou
« leurs héritiers, à proportion du temps qu'il a duré
« pendant la dernière année. » — Sous le régime
dotal pur, il faut donc procéder à une ventilation et
partager les fruits au *prorata* du temps qu'a duré
le mariage pendant la dernière année.

Laquelle des deux règles devra-t-on appliquer
sous le régime dotal avec société d'acquêts ?

Quelques auteurs proposent de distinguer selon
que la femme accepte la communauté ou y renonce.
— Si elle accepte la société, elle ne peut pas, dit-on,
ajouter aux avantages que son acceptation lui con-
fère, ceux dont elle aurait joui si la société d'acquêts
n'avait pas été stipulée : ce sont les règles de la
communauté qui sont alors applicables. On doit
donc comprendre dans l'actif de la société tous les
fruits perçus avant sa dissolution, sans que la femme
puisse élever aucune réclamation si la société a
perçu sur les immeubles dotaux plus de fruits
qu'elle ne le devait d'après le temps de sa durée ; et
à l'inverse, si la récolte n'est pas encore faite au
moment de la dissolution de la société, celle-ci ne
pourra pas se plaindre de ne pas avoir été entière-
ment couverte de ses droits par ce qui a été perçu.
— Au contraire, au cas de renonciation, tout de-
vrait être réglé comme s'il n'y avait pas eu société
d'acquêts, et c'est la règle du régime dotal qu'on
devrait appliquer : par exemple si la société avait
perçu une quantité de fruits excédant la portion à

laquelle elle a droit en raison de la durée du mariage pendant la dernière année, il faudrait autoriser la femme à se faire restituer cet excédant. En effet, dit-on, la femme qui renonce à la société d'acquêts est censée n'avoir jamais été commune, absolument comme l'héritier qui renonce à une succession est censé n'avoir jamais été héritier (1).

Cette distinction entre le cas où la femme accepte la communauté et celui où elle y renonce ne nous paraît pas fondée. En effet, quel que soit le parti que prenne la femme, il n'en est pas moins vrai que la communauté a existé. Sans doute la femme peut, en renonçant, s'affranchir des engagements sociaux ; mais c'est en ce sens-là seulement qu'elle est réputée n'avoir jamais été commune, et elle ne peut pas par sa renonciation empêcher l'application des règles ordinaires de la liquidation d'une société que somme toute elle a stipulée.

Nous pensons donc que quel que soit le parti que prenne la femme, ce sont les règles de la communauté qu'il faut appliquer ici. Il s'agit en effet de déterminer la composition de l'actif de la société d'acquêts, par conséquent de régler l'un des effets de la stipulation de société d'acquêts, et l'art. 1581 renvoie pour ces règlements aux articles 1498 et 1499, c'est-à-dire aux principes de la communauté. — Il faut du reste qu'il en soit ainsi si l'on veut éviter des iniquités, car la société d'acquêts a aussi la

(1) RODIÈRE et PONT, t. III, n° 2038.

jouissance des biens du mari, auxquels l'article 1571 ne peut pas s'appliquer : or on ne peut pas avoir deux règles, l'une pour la femme et l'autre pour le mari. Si ce dernier court la mauvaise chance de voir une récolte entière de ses biens tomber dans la communauté, parce qu'elle aura été faite la veille de sa dissolution, il faut en bonne justice qu'il ait en retour la chance favorable de profiter d'un événement semblable à propos du bien dotal de sa femme : sans cela l'équilibre des chances, qui est le but poursuivi par le législateur en cette matière, se trouverait détruit. — Il faut donc écarter la disposition de l'article 1571, et décider que les fruits naturels des biens dotaux seront toujours acquis par leur perception soit à la société d'acquêts, soit à la femme (1).

XXIV. — 2° *Produits du travail et de l'industrie des deux époux.*

La société d'acquêts comprend en second lieu tous les bénéfices que les époux réaliseront par leur travail, que ce travail soit collectif ou individuel. En effet il ne faut pas prendre à la lettre l'expression « industrie commune » dont se sert l'article 1498. Il est certain que la société d'acquêts n'est pas limitée aux bénéfices qui ont nécessité le concours des deux époux, et qu'elle comprend également les bénéfices

(1) Rouen, 3 mars 1853. Aff. Vadie. D., 55, 2, 344. — Pau, 23 mai 1877. Aff. Administration des domaines. Sirey, 1877, 2, 233. — GUILLOUARD. *Traité du Contrat de Mariage*, t. IV, n° 2206. — AUBRY et RAU, t. V, § 541 bis, p. 646. — COLMET DE SANTERRE, t. VI, n° 252 bis, II, p. 560.

faits séparément par chacun d'eux, même dans des industries distinctes. La meilleure preuve que telle est bien l'intention de la loi, c'est que ce même article 1498 déclare, quelques lignes plus haut, que notre communauté se composera des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément.

La société d'acquêts s'enrichit de tous les produits du travail des époux quel qu'il soit : quelque humble ou quelque élevée que soit leur profession, qu'elle soit licite ou illicite comme la contrebande, l'usure, le braconnage, que ce soit le mari ou la femme qui l'exerce, peu importe : du moment que les bénéfices ont été réalisés pendant le mariage, ils seront mis en commun.

XXV. — Parmi les produits de l'industrie des époux, il en est d'indiscutables, et qui doivent nécessairement, sans conteste possible, entrer dans la communauté d'acquêts : par exemple les salaires, les traitements, les honoraires gagnés pendant la durée du mariage.

Mais il en est d'autres qui ont donné lieu à de graves difficultés, et sur lesquels il nous est impossible de ne pas donner quelques détails, bien que ces questions ne soient pas précisément spéciales à la combinaison qui nous occupe.

Et d'abord les créations de l'esprit — œuvres littéraires ou scientifiques, compositions musicales ou artistiques, inventions industrielles — devront-elles tomber dans la société d'acquêts ?

Dans l'Ancien Droit, Pothier résolvait négativement cette question à propos des choses qui devaient figurer dans l'inventaire des biens de la communauté coutumière. « Les manuscrits qu'un homme d'esprit a composés, — disait-il, — ne doivent pas être compris dans l'inventaire ; ce sont choses inestimables, qui ne sont pas censées faire partie d'une communauté de biens » (1). — Dans le Droit Nouveau, certains auteurs ont donné la même solution, en disant qu'il s'agit là d'une propriété trop intime, trop empreinte du caractère de la personnalité pour pouvoir tomber en communauté (2). Mais leur avis n'a pas prévalu, et on admet généralement aujourd'hui que les créations de l'esprit, reconnues meubles par la détermination de la loi, tombent comme telles dans la communauté d'acquêts. C'est ce qu'exprimait éloquemment devant la Cour de cassation le procureur général Dupin : « La loi ne considère pas
« le moment où le peintre, le poète, le musicien,
« conçoit son œuvre ; elle considère le moment où
« l'ouvrage est achevé, où il est devenu une chose
« susceptible de vente, de louage, de cession en tout
« ou en partie..... Or, toutes choses mobilières ayant
« une valeur lucrative, ou susceptibles de donner
« des bénéfices, entrent de droit dans la communauté » (3). La propriété littéraire et artistique

(1) POTHIER. *De la Communauté*, n° 682.

(2) TESSIER. *De la Soc. d'acq.*, n° 258. — TOULLIER, t. XII, n° 116. — BELLOT DES MINIERES, t. III, p. 315.

(3) Cass., 27 mai 1842. Aff. Gross. S. 42, 1, 385.

est après tout le fruit d'un travail qui, pour être intellectuel, n'en appartient pas moins à la société d'acquêts : celle-ci acquerra donc soit l'œuvre composée, soit le prix de la cession qui en serait faite par l'auteur (1).

Si la création était antérieure au mariage, elle demeurerait la propriété exclusive de l'époux qui en serait l'auteur, et c'est lui seul qui aurait droit au prix de la cession qu'il en ferait pendant le mariage : les revenus en tomberaient seuls dans la société d'acquêts.

XXVI. — Doit-on compter parmi les bénéfices qu'embrasse la société d'acquêts ceux que procurent les hasards de la fortune, tels que la découverte d'un trésor, le gain à une loterie, les bénéfices résultant du jeu ou d'un pari ?

En principe, les purs *don*s de fortune doivent rester propres à l'époux qui les reçoit, car ils doivent être assimilés aux biens qui lui adviendraient à titre gratuit, et nous savons que ces derniers, qu'ils soient meubles ou immeubles, restent en dehors de la société d'acquêts.

Par conséquent, la moitié qui, d'après la loi, appartient à l'inventeur dans le *trésor* qu'il a découvert, lui demeure propre, et la société d'acquêts n'y a aucun droit. En effet le trésor ne peut pas être

(1) GUILLOUARD, t. III, n° 1455. — AUBRY et RAU, t. V, § 522, texte et note 4, p. 448. — COLMET DE SANTERRE, t. VI, n° 161 bis, IV. — RODIÈRE et PONT, t. II, n° 1242.

assimilé au produit du travail ou de l'industrie de l'époux, puisqu'il ne lui appartient *jure inventionis* que s'il l'a découvert « *par le pur effet du hasard* » (art. 716, C. civ.). C'est donc, dans toute l'acception du mot un don de fortune.

Le *lot* gagné à une loterie constitue lui aussi un don de fortune : il est certain du moins que l'industrie des époux n'y a aucune part. — Des auteurs éminents tirent de ce principe des conséquences extrêmes et décident que le gain fait à la loterie par l'un des conjoints doit toujours lui rester propre, quand même il serait prouvé que l'argent qui a servi à acheter le billet gagnant a été pris dans la caisse de la communauté. En effet, dit-on, même dans ce cas, l'intention de l'époux n'a pas été de faire une spéculation dans l'intérêt de la communauté : ce qu'il a voulu, c'était courir des chances pour son propre compte : il n'y a donc pas lieu d'en faire bénéficier la communauté. L'époux devra seulement, suivant les cas, récompense de la somme déboursée pour l'achat du billet de loterie (1).

Cette doctrine n'a pas été admise par la jurisprudence la plus récente, qui est revenue à la théorie de Pothier, et considère tout billet de loterie comme représentant en quelque sorte une créance conditionnelle ou éventuelle tendant à l'obtention d'un lot :

(1) GUILLOUARD, t. III, n° 1460. — LAURENT, t. XXIII, n° 135. — RODIÈRE et PONT, t. II, n° 1246. — MARCADÉ, t. V, art. 1498-1499.

une telle créance ne saurait se réaliser qu'au profit de celui qui en est propriétaire.

La question revient donc à rechercher qui est propriétaire du billet de loterie.

Or, du moment que ce billet a été acheté pendant la communauté, et payé avec les deniers communs, il doit constituer un acquêt de communauté. Un époux ne peut pas en effet, au cours du mariage, déroger aux dispositions de son régime matrimonial, et, par le seul effet de son intention, se constituer un bien propre, alors que d'après les règles de son contrat de mariage, ce bien devrait être commun.

Du moment que le billet de loterie est un acquêt, en même temps qu'il entre dans la communauté, il y introduit la chance éventuelle d'obtenir un lot. — C'est ce qu'a jugé le tribunal de Nantes, qui, dans un jugement du 16 juillet 1890 dont il n'a pas été porté appel, a décidé que le gain fait à une loterie doit être compris dans l'actif de la communauté d'acquêts, du moment que les fonds nécessaires à l'acquisition du billet ont été fournis par la communauté. — Et le tribunal ajoute que le billet de loterie acheté durant la communauté, doit être jusqu'à preuve contraire considéré comme acquis avec les deniers communs, et par suite comme constituant un acquêt (1).

(1) Voy. en ce sens : Nantes, 16 juillet 1890, et la note de M. CABOUAT (*Pandectes françaises* 1891, 2, 209). Aff. Riobé. — AUBRY et RAU, t. V, § 522, texte et note 9, p. 419. — CÔLMET DE SANTERRE, t. VI, n° 161 bis, VII. — TESSIER. *De la Soc. d'acq.*, n° 76. — TROPLONG, t. III, n° 1872.

Quant aux primes attachées par certaines sociétés financières au remboursement, par voie de tirage au sort, de leurs obligations, la Cour de Paris a jugé qu'elles doivent être attribuées non pas à la communauté, mais à l'époux propriétaire de l'obligation. La Cour de cassation a jugé en effet dans un arrêt du 14 mars 1877 (Sir. 78, 1, 5), que ces primes représentent non pas une portion d'intérêts accumulés, mais un surcroît de capital.

Pour les *gains faits au jeu*, la question est très controversée : un grand nombre d'auteurs les considèrent comme le produit d'une certaine industrie : s'il est vrai, disent-ils, que ces gains sont dus en grande partie au hasard, ils peuvent l'être également, selon la nature des jeux, à une certaine habileté, à certaines combinaisons qui contrebalancent les chances du hasard et qui constituent une sorte de travail. D'autre part les pertes au jeu seraient ordinairement supportées par la communauté, il est donc logique qu'elle profite des bénéfices (1). — D'autres auteurs au contraire refusent, au nom de la logique et de la morale, d'assimiler ainsi les gains faits par le joueur aux profits que donne le travail. Pour eux, les bénéfices du jeu, quelle que soit l'habileté déployée par le joueur, sont toujours des dons de fortune, et doivent toujours rester propres à l'époux (2).

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VI. n° 161 bis, V, p. 332. — AUBRY et RAU, t. V, § 522, texte et note 8, p. 449. — TROPLONG, t. III, n° 1872.

(2) GUILLOUARD, t. III, n° 1460. — LAURENT, t. XXIII, n° 134.

XXVII. — La valeur vénale d'un *office* tombe-t-elle dans la société d'acquêts ?

Dans notre droit moderne, le titre même de l'office est resté hors du commerce, mais le titulaire a le droit de présenter un successeur ; et ce droit de présentation constitue une valeur vénale, qui par conséquent tombe dans la société d'acquêts, si l'acquisition en a eu lieu à titre onéreux pendant le mariage.

Mais l'office conféré gratuitement au mari au cours du mariage tombe-t-il également dans l'actif de la société ?

Un arrêt de la Cour de Bordeaux a répondu négativement, en prétendant qu'une concession de cette nature constituait un acte de pure libéralité de la part du chef de l'État, et devait, comme un pur don de fortune, rester propre à l'époux gratifié (1).

Cette opinion ne nous paraît pas exacte. En effet, ce n'est pas là un don gratuit de l'État au profit du mari ; c'est une concession du gouvernement qui est faite en raison des mérites et de la capacité de l'époux récompensé. On peut donc la considérer comme le résultat d'une industrie au sens large du mot, comme le fruit légitime d'un talent qui appartient à la société (2). Si le nouveau concessionnaire était obligé de payer une indemnité à ses collègues,

(1) Bordeaux, 2 juillet 1840. Aff. Godefroy. *SIR.* 40, 2, 398. — V. aussi Metz, 25 décembre 1835. Aff. Gillet. *SIR.*, 36, 2, 255.

(2) Douai, 15 nov. 1833. Aff. Ducorroy. *SIR.*, 34, 2, 189. — Agen, 2 décembre 1836. Aff. Baudet. *SIR.*, 37, 2, 309. — Cass., 4 janvier 1853. Aff. Duparc. *DALLOZ*, 53, 1, 73.

il n'y aurait plus aucun doute, l'acquisition, dans ce cas, étant à titre onéreux.

Il a été jugé que *la plus-value*, qu'un office, resté propre au mari, a pu acquérir durant le mariage, appartient à la communauté : la raison que l'on donne à l'appui de cette décision, c'est que si l'office a augmenté de valeur, c'est par l'industrie et le travail du mari, et que ce travail et cette industrie appartiennent à la société (1). Mais la jurisprudence en général et la majorité des auteurs repoussent cette décision par le motif que la plus-value ne constitue pas un objet distinct de l'office lui-même ; l'époux titulaire de l'office au moment de son mariage doit le reprendre dans l'état où il se trouve, de même que, sous le régime de la communauté légale, il reprendrait sans récompense le propre qui aurait augmenté de valeur par le fait seul de son industrie particulière. D'ailleurs, si malgré l'activité et l'intelligence du mari, l'office avait diminué de valeur, cette perte serait supportée exclusivement par lui ou ses héritiers : il est donc équitable qu'ils profitent des bonnes chances puisqu'ils doivent supporter les mauvaises (2).

Il faut appliquer aux fonds de commerce les solutions que nous venons de donner pour les offices

(1) Bordeaux, 29 août 1840. Aff. Babouard. *SIR.*, 41, 2, 142. — Paris, 8 avril 1869. Aff. La Chapelle. *D.*, 69, 2, 236.

(2) Bordeaux, 17 février 1886. Aff. Baudonnet. *D.*, 86, 2, 119. — GUILLOUARD, t. III, n° 1467. — AUBRY et RAU, t. V. § 522, texte et note 7, p. 449. — RODIÈRE et PONT, t. II, n° 1253.

ministériels. Si le fonds de commerce a été acquis par la communauté ou créé par l'un des époux durant le mariage, il tombera dans la société d'acquêts. Au contraire, il restera propre à l'époux s'il lui appartenait avant le mariage, ou s'il lui est advenu depuis à titre de succession ou de donation, ou pour lui servir de emploi. Et dans ce cas, la plus-value acquise au cours du mariage, grâce à l'activité industrielle de l'époux, ne tombe pas non plus dans la communauté d'acquêts : un arrêt de la Cour de Paris l'a, récemment encore, jugé en ce sens (30 avril 1891 (1)).

XXVIII. — 3° *Economies faites par la femme sur les revenus de ses biens paraphernaux.* — Cet élément de la société d'acquêts donne lieu à une vive controverse. C'est en effet une question très discutée de savoir si la femme mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts conserve l'administration de ses biens paraphernaux, et par suite le droit d'en percevoir les fruits. Les auteurs qui donnent au mari l'administration des paraphernaux décident en même temps que la totalité de leurs revenus doit être versée dans la communauté. Nous pensons que la doctrine contraire est préférable, mais nous réservons l'examen de cette controverse pour le chapitre suivant, où elle trouvera mieux sa place. Disons seulement dès maintenant que tous les auteurs sont

(1) Paris, 30 avril 1891, Aff. Boitel. — *SIR.* 91, 2, 189.

unanimes à déclarer que la femme doit verser dans la société d'acquêts, au moins les économies qu'elle réalise sur les revenus de ses biens paraphernaux. L'article 1498 pose en effet le principe que tous les acquêts, c'est-à-dire toutes les économies qui proviennent des fruits et revenus des biens des deux époux, sans distinction, tombent dans la communauté réduite aux acquêts. — Mais la Cour de cassation a jugé (17 novembre 1890, Aff. Irigoyen) « que les époux dérogent à ce principe lorsque, « en adoptant le régime dotal avec société d'acquêts, « ils déclarent expressément que, à l'exception des « valeurs déterminées constituées en dot, *tous les* « *autres biens de la femme seront paraphernaux, et* « *que celle-ci en aura la libre disposition.*

« Les époux excluent ainsi de la société d'acquêts, par une stipulation formelle, les revenus économisés des paraphernaux ; et les biens acquis par la femme à l'aide de ces revenus doivent être considérés comme des propres (1). »

XXIX. — 4^e *Acquisitions faites pendant le mariage.* — Nous venons de voir que les revenus des biens des époux et les bénéfices provenant de leur industrie sont attribués à la société d'acquêts. Celle-ci, après avoir fait face aux dépenses qui sont à sa charge, peut, grâce à l'épargne et à une bonne ad-

(1) Cass., 17 novembre 1890. Aff. Irigoyen contre Administration de l'enregistrement. — *SIR.*, 91, 1, 273.

ministration, réaliser sur ces revenus des économies plus ou moins importantes, qu'il est naturel de ne pas laisser improductives dans la caisse, et d'employer à des acquisitions. Les biens ainsi acquis, qu'ils soient meubles ou immeubles, entrent naturellement dans l'actif de la société d'acquêts. L'article 1498 porte, il est vrai, qu'en adoptant la communauté d'acquêts, les époux sont censés exclure de la communauté leur mobilier respectif présent et futur, et si on prenait le texte au pied de la lettre, il ne resterait à la communauté que les immeubles futurs. Mais il y a là évidemment une inexactitude de texte, et l'exclusion du mobilier futur ne porte que sur le mobilier qui écherrait aux époux à titre gratuit, par succession ou donation.

La règle est que tout bien acquis à titre onéreux pendant le mariage est un conquêt, et appartient à la société. Pour que le bien ainsi acquis reste propre à l'un ou à l'autre des époux, il faut que les circonstances de l'acquisition soient constatées, et fournissent la preuve qu'elle n'est pas le fruit des économies sociales.

XXX. — Cette remarque nous amène à parler des biens qui restent en dehors de la société d'acquêts et qui par conséquent, d'après le principe que nous avons posé plus haut, seront gouvernés par les règles du régime dotal.

Nous trouvons dans cette catégorie :

1° Tous les biens que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage ; et aussi ceux qui n'ont été acquis définitivement que pendant sa durée, mais dont le *titre d'acquisition* le précède, par exemple, la créance ou l'immeuble acquis avant le mariage sous une condition qui vient à se réaliser *constante matrimonio* ; ou encore l'immeuble acquis par l'effet d'une prescription commencée par l'un des conjoints avant le mariage ;

2° Les biens qui adviennent aux conjoints pendant le mariage, par succession, legs, donation, et d'une manière générale tous les biens qu'ils acquièrent à titre gratuit : ainsi lorsqu'un droit d'usufruit établi sur l'héritage de l'un des époux vient à cesser par la mort de l'usufruitier, la plus-value qui en résulte n'est pas un acquêt ; ainsi encore le bien que l'un des conjoints a acquis par retrait successoral lui reste exclusivement attribué, car c'est en qualité d'héritier qu'il l'a recueilli (article 747 C. civ.).

Nous avons vu aussi que le hasard est assimilé au titre gratuit, et que la société d'acquêts n'a aucun droit aux *purs dons de fortune* qui peuvent survenir aux époux pendant la durée de l'association conjugale : nous avons passé en revue quelques-unes des principales difficultés que soulève l'application de ce principe, trésor, gains de jeu, loteries, etc. ;

3° Les biens subrogés aux biens propres : ils prennent la place des biens auxquels ils sont substitués, et n'entrent pas dans la société d'acquêts. En cas d'échange, par exemple, la subrogation a lieu de

plein droit, et le bien reçu par l'époux en contre-échange lui est propre pour le tout, alors même qu'il aurait une valeur supérieure à celle du propre abandonné : la soulte, s'il y en a eu, n'est qu'un accessoire du contrat, et ne saurait en modifier la nature : elle donne seulement lieu à récompense, si elle a été acquittée avec les deniers de la société d'acquêts. — Toutefois, si le bien donné en échange est un bien dotal, il faut tenir compte de l'art. 1543, qui ne permet pas d'augmenter la dot pendant le mariage : le bien substitué ne sera alors dotal que jusqu'à concurrence de la valeur du premier, et pour l'excédent, il sera paraphernal (1).

XXXI. — Pour terminer ce qui concerne l'actif de la société d'acquêts, examinons maintenant une question qui est spéciale à la combinaison qui nous occupe, et qui s'élève à propos des articles 1406 et 1553, 2°.

Une dot a été constituée en argent, et, pendant le mariage, le constituant donne un immeuble pour remplir cette obligation ; quel sera le sort de cet immeuble ? Sera-ce un conquêt ? ou un bien dotal ? ou un paraphernal ?

Si le contrat de mariage avait stipulé une clause d'emploi, il n'y aurait aucune difficulté : l'immeuble deviendrait bien dotal.

Mais que décider en l'absence de cette clause ?

(1) Bordeaux, 28 mai 1866. Aff. Amouroux. (SIR., 1866, 2, 366.)

Un point certain, c'est que l'immeuble, dans ce cas, ne peut pas devenir dotal : l'article 1553, 2^o, s'y oppose formellement.

Mais sera-ce un conquêt de communauté, ou un bien paraphernal ?

Sous le régime dotal pur, le mari deviendrait propriétaire de l'immeuble, et serait constitué, envers la femme, débiteur du chiffre de la dot ; — à moins que la dation en paiement n'ait été faite au profit de la femme, et acceptée par elle, auquel cas l'immeuble cédé deviendrait paraphernal, sous la charge de la jouissance du mari (1).

Mais avec l'adjonction d'une société d'acquêts, la question va changer.

Si c'est au mari que la cession est faite, l'immeuble, sous ce nouveau régime, devra tomber dans l'actif de la société d'acquêts. En effet si la dot avait été versée en argent, selon la convention originaire, la société d'acquêts en serait devenue quasi-usufruitière : un immeuble, il est vrai, a été substitué aux deniers qu'elle devait toucher, mais sa situation ne saurait en être modifiée : c'est comme si elle-même avait employé les deniers dotaux à faire cette acquisition.

Dans le cas où la cession a été faite à la femme, et acceptée par elle, les avis sont partagés.

Certains auteurs (2) enseignent qu'il n'y a pas ici

(1) AUBRY et RAU, t. V, § 534, 4^e a, p. 537.

(2) Voy. notamment TESSIER. *De la Soc. d'acq.*, n^o 52.

de subrogation réelle possible, et que, dans ce cas encore, l'immeuble tombe dans la société d'acquêts. En effet, dit-on, les parties sont censées renoncer au premier contrat, qui est éteint, et il se forme entre elles un nouveau contrat, qui doit être assimilé à la vente, car il en réunit les conditions essentielles. Le titre d'acquisition ne précède donc pas le mariage : il prend naissance pendant sa durée, et dès lors, l'acquisition étant à titre onéreux, l'immeuble doit entrer dans la société d'acquêts.

Cette doctrine nous paraît inconciliable avec l'article 1406, C. civ., qui décide que « l'immeuble « abandonné ou cédé par père, mère ou autre ascendant, à l'un des deux époux pour le remplir « de ce qu'il lui doit, n'entre point en communauté. » — Ce texte s'applique aussi bien au cas où la dette de l'ascendant consiste dans la somme promise à titre de dot, qu'au cas où cette dette a toute autre cause ; et il s'oppose par conséquent à ce que l'immeuble en question tombe dans la société d'acquêts. Ce serait d'ailleurs méconnaître l'intention des parties qui, en exigeant l'adhésion expresse de la femme, ont manifesté clairement le désir de voir l'immeuble cédé demeurer sa propriété.

Nous pensons donc que l'immeuble restera propre à la femme, et, comme il ne peut pas être dotal, qu'il sera paraphernal.

Mais bien entendu cette opération ne devra pas porter préjudice au mari : les deniers constitués en dot devaient, d'après le contrat de mariage, être

versés entre ses mains : il en a consenti une transformation, un mode d'emploi, mais son droit de jouissance doit être respecté, et la femme devra l'indemniser soit en lui payant les intérêts de la somme constituée en dot, soit en lui abandonnant la jouissance de l'immeuble cédé en paiement (1).

PASSIF

XXXII. — Nous venons de voir les principales règles au moyen desquelles on peut déterminer l'actif de la société d'acquêts. Pour la composition de son passif, nous retrouvons ici le même principe que dans la communauté légale, principe du reste élémentaire en matière de communauté, et qui veut que toutes les choses qui formeraient l'actif de la société si elles étaient dues à l'un des époux, composent au contraire le passif lorsque c'est l'un des époux qui en est débiteur. Ainsi en adoptant la société d'acquêts, les conjoints excluent du passif de cette société leurs dettes actuelles et futures (article 1498) par la même raison que l'actif ne comprend pas le mobilier présent et futur.

Il faut d'abord rectifier ce qu'il y a de trop général dans la définition de l'article 1498 : c'est la même inexactitude que nous avons déjà relevée lorsqu'il exclut de l'actif le mobilier présent et futur. Il ne faut entendre par dettes futures que les dettes per-

(1) PIOLET, p. 169-170.

sonnelles aux époux, comme celles qui grèvent les donations ou successions à eux échues pendant le mariage : quant aux dettes qui sont contractées dans l'intérêt de la société, il est évident que celle-ci en est tenue, car elles sont la partie corrélative et correspondante de l'actif social.

Les dettes présentes sont exclues du passif de la société d'acquêts : cette règle est de toute équité, car tous les biens présents, meubles et immeubles sont exclus de l'actif. — Par dettes actuelles et présentes, il faut entendre celles qui résultent d'un acte antérieur au mariage. Ainsi pour les dettes conditionnelles ou à terme, on s'attachera à la date du contrat, et non à celle de l'arrivée de la condition ou de l'échéance du terme. Il en est de même de la dette résultant d'un jugement : on devra se reporter à la date du contrat primitif, et non à celle du jugement, car les jugements sont simplement déclaratifs. Les dépens d'un procès commencé avant le mariage, mais jugé depuis, seront tous exclus de la société. — Devra-t-on considérer l'obligation de nourrir les enfants nés d'un premier lit comme une dette antérieure au mariage ? Il semble à première vue que les frais d'éducation et d'entretien de ces enfants constituent une obligation dont le principe est antérieur au mariage, et que, par conséquent, la dette qui en résulte ne devrait pas être supportée par la société d'acquêts ; mais cette façon d'envisager les choses ne serait pas juridique : en réalité l'obligation de nourrir ces enfants est une obligation dont la cause renaît

tous les jours, et elle devra rester à la charge de la société comme toutes les dépenses de ce genre faites pendant sa durée.

Quant aux dettes futures qui sont exclues du passif de la société d'acquêts, nous avons dit que la formule de l'article 1498 est beaucoup trop générale, et qu'il s'agit là seulement du passif correspondant à l'actif futur, c'est-à-dire par exemple des dettes qui grèvent les successions, legs ou donations échues à l'un des époux pendant le mariage : ce sont celles-là seulement qui sont exclues de la société d'acquêts.

Toutes les autres dettes contractées par le mari, ou par la femme avec l'autorisation de son mari, doivent entrer dans le passif de la communauté, puisque tous les bénéfices que les époux réaliseraient tomberaient dans l'actif de cette communauté.

Ainsi sont dettes de la société d'acquêts :

1° Les intérêts des dettes même personnelles à l'un des époux ; les réparations usufruitaires des meubles et des immeubles, même de ceux qui n'entrent pas dans la communauté ; les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants, et toutes les autres charges du mariage. Toutes ces dettes, par leur nature, sont une charge des revenus, et comme telles doivent être supportées par la société d'acquêts, qui est usufruitière des biens propres des époux.

2° Les dettes attachées aux choses acquises à titre onéreux pendant le mariage et tombant par

suite dans la société d'acquêts; par exemple le prix de meubles ou d'immeubles acquis pendant le mariage.

3° Toutes les dettes contractées par le mari pendant le mariage, au moins en principe : en effet, le mari, comme chef de la communauté, est maître d'obliger les biens acquêts de la société; il peut les perdre et les dissiper; à plus forte raison peut-il les soumettre aux dettes qu'il contracte. Il n'y a exception à ce principe que dans le cas où il s'agirait de dettes contractées pour son utilité particulière, par exemple pour dégrever ses biens propres : si de telles dettes ont été acquittées avec les deniers de la société, le mari en devra alors récompense. Dans tous les autres cas, les dettes du mari sont à la charge de la société, quand même elles ne seraient d'aucune utilité pour elle; ainsi, si le mari cautionne un tiers par pure obligeance, bien que ce cautionnement soit étranger aux affaires de la société, il reste cependant sans récompense à la charge de cette dernière.

Les dots promises par le mari en faveur des enfants sont à la charge de la société d'acquêts. Dans l'ancienne jurisprudence des pays de Droit écrit, le père qui dotait seul un enfant commun n'obligeait pas la société, parce que le devoir de doter était alors considéré comme un office paternel et non comme un office maternel : le père était donc seul obligé, la mère ne l'était que si elle avait signé, et du moment qu'elle ne signait pas, la dot promise ne

diminuait pas sa portion d'acquêts (1). Cette jurisprudence n'a pas été suivie par notre législation moderne, qui a préféré les idées de notre Ancien Droit coutumier : on considère que le devoir de doter est commun aux deux époux, puisqu'il est tiré de l'affection naturelle. Désormais le mari qui dote les enfants communs est censé agir autant au nom de sa femme qu'en son nom propre, et par conséquent, la dette tombe à la charge de la société d'acquêts sans récompense (art. 1439).

4° Enfin sont encore à la charge de la société d'acquêts les dettes de la femme agissant soit avec l'autorisation de son mari, soit en vertu d'un mandat de lui, exprès ou même tacite. La Cour de cassation, dans un arrêt du 30 octobre 1888, a vu un mandat de ce genre dans le fait par un mari de laisser sa femme vivre dans un immeuble dotal, en dehors de lui, et dans un état véritable de séparation : elle a jugé que cette situation impliquait pour la femme le mandat tacite d'administrer ledit immeuble dotal ; et que pour les dépenses d'entretien qu'elle avait commandées, elle engageait la société d'acquêts (2).

Dans tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque la femme n'a ni mandat ni autorisation de son mari,

(1) TESSIER. *De la société d'acq.*, n° 127.

(2) Cass., 30 octobre 1888. Aff. Teulière. (Pandectes françaises, 89, 1, 146).

les dettes qu'elle contracte n'obligent pas la communauté, sauf les exceptions résultant de l'article 1427 C. civ.

CHAPITRE III

PÉRIODE DE FONCTIONNEMENT

XXXIII. — Nous avons posé comme règle générale que les principes de la communauté devront être appliqués à tout ce qui concerne le fonds commun, et les principes du régime dotal à tous les biens qui ne rentrent pas dans la société d'acquêts ; — et nous avons vu que cette règle d'interprétation du contrat de mariage est bien conforme à l'intention des parties, car ce qu'elles ont voulu, en adoptant le régime mixte qui nous occupe, c'est, d'une part conserver toutes les garanties du régime dotal, et d'autre part, faire participer les deux époux aux produits de la collaboration commune : il sera donc tout naturel, quand il s'agira de garanties pour la femme, d'appliquer les règles qui la protègent, c'est-à-dire celles du régime dotal, et, quand il s'agira de la participation aux bénéfices communs, de se référer à la communauté entre époux.

Mais si la règle est simple comme principe, la situation est beaucoup moins nette quand on veut entrer dans les détails d'application. C'est qu'en effet le régime dotal et la société d'acquêts ne sont pas deux régimes simplement juxtaposés : ils réagis-

sent l'un sur l'autre, ils se combinent ensemble, de telle sorte qu'il est difficile de préciser exactement la sphère d'application de chacun d'eux, et qu'on est souvent fort embarrassé, quand un conflit s'élève entre les règles des deux régimes, de savoir lesquelles il faut appliquer.

XXXIV. — Pour résoudre ces difficultés, et déterminer les règles qui doivent présider au fonctionnement de notre régime mixte, nous allons passer successivement en revue les effets de cette combinaison sur chacune des quatre catégories de biens auxquelles elle donne naissance :

- 1° Biens propres du mari ;
- 2° Biens dotaux ;
- 3° Biens paraphernaux ;
- 4° Biens communs.

1° *Biens du mari.* — L'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal ne modifie pas la situation de ces biens, si ce n'est au point de vue de la jouissance. Le mari conserve la propriété, l'administration, et la libre disposition de tout son patrimoine ; la seule restriction apportée à ses pouvoirs, c'est qu'il n'a plus le droit d'en percevoir les fruits pour son compte personnel : ces revenus tombent, comme nous l'avons vu, dans l'actif social.

A l'égard des créanciers, les biens du mari ne se distinguent pas, pendant toute la durée de la société d'acquêts, des biens communs. Les créanciers so-

ciaux ont donc le droit de poursuivre leur paiement sur les biens personnels du mari, de même que les créanciers du mari peuvent s'attaquer aux biens communs.

2° *Biens dotaux*. — Nous avons dit que la stipulation d'une société d'acquêts ne porte aucune atteinte aux principes du régime dotal, et que notamment l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité subsistent, de même que l'insaisissabilité, qui en est le corollaire.

Par conséquent les immeubles dotaux seront inaliénables et imprescriptibles, conformément aux articles 1554 et 1561 C. civ., et cela sans aucune contestation possible.

Quant à la dot mobilière, elle restera aussi dans la même condition que sous le régime dotal pur, où elle donne lieu, on le sait, à une controverse importante. On dira par conséquent qu'elle est aliénable, si on admet le système de la doctrine, qui paraît bien être le véritable système du législateur : on dira au contraire qu'elle est frappée d'inaliénabilité, du moins à l'égard de la femme, si on admet le système de la jurisprudence, — jurisprudence si bien établie aujourd'hui qu'elle a, en quelque sorte, la valeur d'une loi.

De même les biens dotaux seront insaisissables (1), et les créanciers envers lesquels la femme s'est obligée pendant le mariage, même avec l'autorisation

(1) Paris, 9 décembre 1848. Aff. Fitremann. DALL., 49, 2, 400.

de son mari, ne pourront exercer aucune poursuite sur eux, même après la dissolution du mariage.

Quant à l'administration de ces biens, c'est toujours au mari qu'elle appartient, et il conserve sur eux tous les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 1549. Il faut noter que ces pouvoirs sont beaucoup plus étendus que ceux qui, sous le régime de la communauté, sont conférés au mari sur les biens propres de sa femme par l'article 1428. C'est ainsi notamment qu'il pourra intenter non-seulement les actions possessoires, mais même les actions pétitoires relatives aux immeubles dotaux, et y défendre sans le concours de sa femme ; tandis que, sous le régime de communauté, c'est la femme qui seule a l'exercice de ses actions réelles immobilières.

En vertu de ses pouvoirs d'administration, le mari pourra donner à bail les immeubles dotaux, vendre les meubles dotaux corporels, etc. Lui seul peut recevoir le remboursement des créances dotales, et la loi ne lui impose même pas l'obligation de faire emploi des capitaux qu'il a ainsi reçus ; mais, pour garantir les intérêts de la femme, on peut convenir dans le contrat de mariage que le droit du mari sera subordonné à cette condition.

Le mari, comme administrateur, est tenu d'apporter à la conservation des biens dotaux tous les soins d'un bon père de famille ; et il répond dans cette limite de leur perte et de leurs détériorations. Mais s'il a donné en location un immeuble dotal, il n'est pas responsable du dommage causé à cet im-

meuble par un incendie survenu au cours de la location. La Cour de cassation (24 février 1890) a jugé avec raison que dans ce cas la responsabilité imposée au preneur par l'art. 1733, se trouve substituée à celle du mari (1).

En ce qui concerne les biens constitués en dot l'adjonction d'une société d'acquêts n'introduit qu'une seule dérogation aux règles ordinaires du régime dotal : c'est au point de vue des revenus, qui, sous le régime dotal pur auraient appartenu en entier au mari, et qui désormais vont tomber dans la société d'acquêts. Quant au principe de l'inaliénabilité des revenus dotaux, il doit être maintenu sous notre régime tel qu'il existe sous la dotalité pure, c'est-à-dire que les créanciers ordinaires de la société d'acquêts ne pourront saisir que la partie de ces revenus qui excède les dépenses du ménage, tandis que les créanciers qui ont pourvu aux besoins de la famille auront le droit de se payer sur l'intégralité de ces revenus, car cette saisie ne fait que réaliser leur destination.

Ajoutons que, de même que le mari sous le régime dotal pur, la société d'acquêts n'a droit qu'aux fruits des biens dotaux : les produits extraordinaires, comme les arbres de haute-futaie, non aménagés en coupe réglée avant le mariage, resteront propres à la femme. C'est un des points où les règles de la

(1) Cass., 24 février 1890. Aff. Roux. (Pandectes françaises, 90, 1, 371).

communauté sont en harmonie avec celles du régime dotal.

XXXIV. — 3° *Biens paraphernaux*. — Sous le régime dotal pur, l'administration et la jouissance des paraphernaux appartiennent à la femme (art. 1576).

Au contraire, sous le régime de la communauté, c'est le mari qui administre seul tous les biens propres de sa femme et les revenus en tombent dans la communauté (art. 1401 et 1428).

Que faut-il décider sous le régime dotal avec société d'acquêts ? Sont-ce les règles du régime dotal ou celles de la communauté que nous devons appliquer ici ?

Cette question est une des plus controversées de notre matière.

PREMIER SYSTÈME. — Un premier système attribue au mari l'administration des paraphernaux, et en fait tomber les revenus dans la société d'acquêts.

On invoque d'abord un argument historique : d'après l'article 42 de la Coutume de Bordeaux, le mari avait l'administration non seulement des biens dotaux, mais aussi des paraphernaux. Or, c'est à la Coutume de Bordeaux que les rédacteurs du Code civil ont emprunté le régime dotal avec société d'acquêts : ne doit-on pas dès lors supposer qu'ils l'ont pris tel qu'il existait dans cette Coutume, avec toutes ses conséquences ?

D'ailleurs, l'article 1581 du Code civil renvoie aux

articles 1498 et 1499, aux termes desquels l'actif de la communauté d'acquêts comprend « les revenus « des biens des deux époux », sans aucune distinction, par conséquent les revenus de tous les biens de la femme, qu'ils soient dotaux ou paraphernaux : aucun texte ne fait de restriction pour ces derniers. Or, si les revenus des paraphernaux appartiennent à la société d'acquêts, leur administration appartient au mari, car sous la communauté conventionnelle, comme sous la communauté légale, le mari a l'administration de tous les biens dont les revenus tombent en communauté.

On ajoute que si cette solution est conforme à la loi et aux précédents historiques, elle est non moins conforme à l'intention des parties. En effet ce qu'elles ont voulu, c'est, d'une part prendre au régime dotal son système de garanties pour assurer la conservation de la dot ; et d'autre part se constituer un fonds commun qu'elles ont intérêt à voir le plus riche possible. — Or, la gestion des paraphernaux par la femme n'intéresse en rien la conservation de la dot ; et d'un autre côté, il est nécessaire, pour que la société d'acquêts prospère ; que tous les pouvoirs d'administration soient centralisés dans une même main, afin qu'il y ait unité de direction dans les affaires du ménage : sans cela, si on divise la gestion des patrimoines, on prépare des conflits entre les époux, au grand détriment non-seulement de la paix, mais aussi de la prospérité du ménage.

On fait remarquer enfin que l'administration des

paraphernaux par la femme n'est pas de l'essence du régime dotal, puisque, même sous ce régime pur et simple, la femme peut la déléguer au mari par un mandat; et on peut, dit-on, raisonnablement considérer que l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal implique cette délégation (1).

SECOND SYSTÈME. — Les partisans de cette seconde opinion soutiennent au contraire — et avec raison, croyons-nous, — que la femme, malgré la stipulation d'une société d'acquêts, conserve l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux.

L'argument historique tiré de l'Ancien Droit en faveur du premier système doit d'abord être écarté : en effet la disposition de la Coutume de Bordeaux qui accordait au mari le droit exorbitant d'administrer les paraphernaux, était regardée comme une disposition insolite (2), et n'existait que dans la Coutume même de Bordeaux : dans tous les autres pays du ressort du Parlement de Bordeaux, dont le cercle était beaucoup plus étendu, la femme conservait la jouissance et l'administration de ses paraphernaux, malgré la stipulation de société d'acquêts.

(1) DE FOLLEVILLE. Etude sur la soc. d'acq., n° 46 (*Revue pratique*, année 1875, p. 222). — LAURENT, t. XXIII, n° 591. — COLMET DE SANTERRE, t. VI, n° 252 bis, I, p. 559.

(2) TESSIER. *Soc. d'acq.*, n° 85.

L'argument historique ne peut donc faire preuve en faveur d'aucun des deux systèmes.

Quant aux arguments de textes, il est bien vrai que l'art. 1581 renvoie aux art. 1498 et 1499 ; mais en lisant attentivement l'article 1498, on y voit que ce qui entre dans la société, ce sont non pas les revenus des paraphernaux, mais seulement les *acquêts* provenant de ces revenus, c'est-à-dire les économies réalisées sur les revenus de ces biens. — Et ce même texte parle des acquêts faits « ensemble ou séparément » ; il suppose donc que la femme a pu faire des acquêts séparément, ce qui implique qu'elle a l'administration et la jouissance de certains biens.

Enfin, et c'est là l'argument qui nous paraît décisif, cette doctrine est la seule qui soit réellement conforme à l'intention des parties. Il ne faut pas oublier en effet que le régime principal choisi par les époux, c'est le régime dotal ; et détruire la paraphernalité, ce serait détruire un des traits les plus caractéristiques de ce régime. La Société d'acquêts n'est qu'une clause secondaire, accessoire ; ce serait lui donner une portée trop considérable que de décider qu'elle peut enlever à la femme l'administration de ses paraphernaux : l'accessoire ne peut absorber ainsi le principal.

La société d'acquêts est du reste une clause qui a été stipulée dans l'intérêt de la femme, pour la faire participer aux bénéfices et aux économies réalisées pendant le mariage : il est impossible d'admettre qu'une clause insérée en sa faveur puisse tourner

ainsi à son détriment, et la priver du droit précieux qui lui appartient sous le régime dotal, d'administrer les biens qu'elle s'est réservés paraphernaux, et d'en dépenser les revenus à sa guise.

Nous pensons donc avec la jurisprudence et la majorité des auteurs (1), que sous notre régime mixte, il faut respecter la paraphernalité, qui est une conséquence naturelle du régime dotal, et que la femme conserve l'administration, et, en principe, la jouissance de ses paraphernaux : sur ce dernier point cependant une réserve doit être faite en ce qui concerne les économies qu'elle pourra réaliser sur leurs revenus : les revenus, elle a le droit de les dépenser ; mais si elle ne les dépense pas, si elle les capitalise en tout ou en partie, il faut qu'elle verse dans la société les économies qu'elle aura ainsi faites (2) : ces économies constituent en effet des ac-

(1) Cass., 15 juillet 1846. Aff. Dubroca. DALL, 46, 1, 356. — Agen, 17 novembre 1852. Aff. Montaignac. D, 53, 2, 56. — Cass., 14 novembre 1864. Aff. Grimardias. D., 65, 1, 137. — Riom, 31 janvier 1866. Aff. Laval. D., 66, 2, 249.

V. dans le même sens : AUBRY et RAU t. V, § 541 bis, note 4, p. 644. — RODIÈRE et PONT, t. III, n^{os} 2034 et 2035. — TESSIER. *De la soc. d'acq.*, n^o 167 bis, III. — GUILLOUARD, t. IV, n^{os} 2201 et 2202.

(2) Cass., 31 juillet 1861. Aff. Carpentier. D., 62, 1, 113.

Mais nous savons que les époux peuvent convenir dans leur contrat de mariage que les économies elles-mêmes réalisées sur les revenus des paraphernaux resteront propres à la femme. Et nous avons vu que la Cour de cassation a interprété en ce sens la clause d'un contrat de mariage, qui portait que : « à l'exception des valeurs déterminées « constituées en dot, tous les autres biens de la femme seraient paraphernaux, et que celle-ci en aurait la libre disposition. » (Cass., 17 novembre 1890. Aff. Irigoyen. SIREN., 91, 1, 275.)

quêts, et, en stipulant une société d'acquêts, les deux époux se sont interdits le droit de faire des acquêts personnels. Aussi, en étudiant l'actif de la société, avons-nous compris parmi ses éléments les économies réalisées par la femme sur les revenus de ses paraphernaux. Mais nous pensons que, en ce qui concerne cette espèce de biens, c'est là la seule dérogation qui soit apportée aux règles du régime dotal.

La jurisprudence, en consacrant cette doctrine, en a tiré des conséquences importantes : c'est ainsi que l'arrêt de Cassation du 15 juillet 1846, que nous avons cité plus haut, a jugé que le mari qui occupe, sans le consentement de la femme, une maison paraphernale, peut être expulsé par elle. Sa seule ressource est alors de contraindre sa femme à le suivre ailleurs.

De même l'arrêt du 14 novembre 1864 a jugé que la femme a seule le droit de donner à bail ses biens paraphernaux, et que le bail fait par elle doit prévaloir sur celui qui aurait été consenti par son mari.

Bien plus, la Cour de cassation (affaire Grimar-dias, 14 novembre 1864) a été jusqu'à décider que la femme aurait l'administration exclusive de ses paraphernaux, même dans le cas où il aurait été expressément convenu, dans le contrat de mariage, que leurs revenus tomberaient dans la société d'acquêts.

La solution que nous avons adoptée cesserait bien

entendu d'être applicable si la femme, dans son contrat de mariage, avait donné à son mari le mandat d'administrer ses paraphernaux : une telle stipulation n'aurait rien d'illicite, et, jusqu'à preuve contraire, on devrait même présumer qu'elle implique pour le mari l'autorisation de percevoir les fruits pour le compte de la société d'acquêts. — Il en serait encore de même si, sans lui avoir donné aucune procuration expresse, la femme avait, en fait, laissé son mari jouir sans opposition des paraphernaux : il faudrait alors appliquer l'article 1578, qui le dispense de rendre compte des fruits consommés. — Enfin si c'était malgré la femme, malgré son opposition constatée, que le mari ait joui des paraphernaux, il faudrait appliquer l'article 1579, et dire qu'il serait comptable envers elle de tous les fruits tant existants que consommés.

XXXV. — 4° *Biens communs*. — Ici la règle est plus simple : c'est un renvoi pur et simple au régime de la communauté, tant pour les pouvoirs du mari, que pour le droit de poursuite des créanciers : la juxtaposition du régime dotal n'y apporte aucune modification.

Les pouvoirs du mari seront donc déterminés par les articles 1421 et 1422 : non-seulement c'est lui seul qui administrera la communauté, mais encore il pourra l'obliger et intenter toutes les actions qui lui appartiennent. Et de même il pourra, sans le consentement de sa femme, vendre, échanger, hypothé-

quer les biens communs, ou les grever de servitudes.

La seule restriction apportée à ses pouvoirs consiste dans la défense de disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs.

Quant au droit de poursuite des créanciers, nous avons déjà dit que les créanciers de la société peuvent poursuivre le mari sur ses biens propres, et que, réciproquement, ses créanciers personnels peuvent poursuivre les biens de la société.

Au point de vue de la preuve, tout immeuble est présumé acquêt ; c'est au mari ou à la femme à prouver le caractère dotal ou paraphernal de l'immeuble saisi, s'ils veulent limiter la poursuite des créanciers. Quant aux meubles, ils sont aussi présumés appartenir à la société, et les époux ne peuvent prouver qu'ils sont propres qu'au moyen d'un inventaire, ou d'un état authentique (1).

XXXVI. — Nous avons vu que sous le régime dotal avec société d'acquêts, l'inaliénabilité des biens dotaux subsiste, ainsi que ses deux corollaires, l'insaisissabilité et l'imprescriptibilité, absolument comme sous le régime dotal pur.

Mais, dans le cas où la femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir, cette inaliéna-

(1) Cass., 19 juin 1855. *SIR.*, 55, 1, 506. — *AUBRY et RAU*, t. V, § 541 *bis*, texte et note 6, p. 644.

bilité doit-elle frapper les biens qui forment sa part dans la société d'acquêts, et qui lui adviennent par conséquent, après la dissolution de celle-ci, par le partage ?

La question ne peut se présenter que dans le cas où la société d'acquêts est dissoute par la séparation de biens principale ou accessoire : en effet, si elle se dissout en même temps que le mariage, c'est-à-dire par le divorce où la mort de l'un des époux, le fait qui donne lieu à la dissolution met en même temps un terme à l'inaliénabilité de la dot.

Mais, quand il y a eu séparation de biens judiciaire, de l'aveu de tous, l'inaliénabilité de la dot survit à la dissolution de la société d'acquêts. Et comme la femme s'est constitué en dot « tous les biens qu'elle « recueillera durant le mariage, par succession, donation, legs ou autrement, » il semble, à première vue, que sa part d'acquêts devrait revêtir le caractère de dotalité. Le partage a un effet rétroactif, et les biens qui sont attribués à la femme sont censés être devenus sa propriété dès le jour de leur acquisition ; ne doivent-ils pas dès lors tomber sous l'application de la constitution en dot de tous biens présents et à venir ?

La Cour de cassation a eu à résoudre cette question dans un arrêt célèbre, du 29 juin 1847 (1) ; elle a répondu négativement, et avec pleine raison, croyons-nous.

1) Cass., 29 juin 1847. Aff. Bourgeois. DALL., 1847, 1, 295. — Rouen. 25 juin 1844 (Même affaire). SIREY, 44, 2, 665.

Nous savons en effet que tous les biens qui entrent dans la société d'acquêts doivent être régis par les règles de la Communauté. Or, il s'agit ici de biens sociaux, de biens communs, et la dissolution de la société ne peut pas changer leur nature ; ils étaient aliénables pendant la durée de la société : ils ne peuvent pas devenir inaliénables à sa dissolution, car en devenant la propriété exclusive de la femme, par le partage, ils ne peuvent pas perdre le caractère qui résulte de leur provenance, ils ne peuvent pas cesser d'être des acquêts de communauté.

Il faut d'ailleurs remarquer qu'en le décidant ainsi, on ne diminue en rien l'efficacité du régime dotal en tant qu'il a pour but de conserver les biens de la femme : en effet, les éléments au moyen desquels l'actif de la société d'acquêts s'est formé, n'auraient jamais rien fait acquérir à la femme sous le régime dotal pur ; les revenus et l'industrie des deux époux auraient profité uniquement au mari, et n'auraient rien fait entrer dans les biens à venir de la femme frappés de dotalité. Il est donc logique et équitable que ce qui adviendra à la femme au moyen de la société d'acquêts (empruntée au régime de la communauté), et qui ne lui serait pas advenu sans cela, soit entièrement soumis aux règles de la communauté.

Ajoutons que la théorie contraire aurait l'inconvénient d'amener, dans le caractère des biens dont il s'agit, des modifications successives qui seraient incompatibles avec le principe de l'immutabilité des

conventions matrimoniales. Ces biens seraient d'abord acquêts, puis ils deviendraient dotaux par leur attribution à la femme lors du partage ; et si la société d'acquêts, dissoute par la séparation de corps ou de biens, venait ensuite à être rétablie, conformément à l'article 1451, les choses devant être remises au même état qu'avant la séparation, les immeubles en question redeviendraient acquêts : il y aurait donc une dotalité intermittente, qui dépendrait du caprice des époux, ce qui est inadmissible, car les conventions matrimoniales doivent être essentiellement définitives et incommutables.

L'incertitude dans laquelle on tomberait pourrait porter préjudice aux tiers, et cela sans utilité pour la femme : en effet, c'est seulement au moment où la séparation de biens est prononcée, que les acquêts deviendraient dotaux, c'est-à-dire au moment où elle reprend la libre administration de ses biens ; tandis qu'ils seraient restés aliénables pendant toute la durée de la société, c'est-à-dire pendant qu'ils étaient à la merci du mari. Ce résultat serait au moins bizarre.

Nous pensons donc que la décision de la Cour de cassation se justifie parfaitement, et que la part d'acquêts qui échoit à la femme reste, entre ses mains, toujours soumise aux règles de la communauté (1).

(1) DE FOLLEVILLE. *Étude sur la société d'acquêts. Revue pratique*, année 1873, p. 223. — PIOLET, p. 186.

La Cour suprême a même été plus loin : elle a décidé, dans le même arrêt, que la femme n'a même pas le droit de stipuler, dans son contrat de mariage, la dotalisation de sa part dans les acquêts, pour le cas où la société viendrait à se dissoudre pendant le mariage. Une telle clause serait nulle.

RÈGLES SPÉCIALES AU CAS D'ABSENCE

XXXVII. — Lorsqu'une personne a été déclarée absente, après les formalités prescrites par les articles 115 et suivants, ses héritiers présomptifs sont envoyés en possession provisoire de ses biens (article 120). Par conséquent, si elle est mariée, bien que le mariage ne soit pas dissous par la déclaration d'absence, son contrat de mariage cesse de produire ses effets, puisque tous ses biens se trouvent partagés entre ses héritiers.

A cette règle, qui est l'application à la matière du contrat de mariage des principes ordinaires de l'absence, la loi n'a apporté qu'une seule exception : c'est en faveur de l'époux commun en biens. L'article 124 autorise cet époux « s'il opte pour la continuation de la communauté, à empêcher l'envoi « provisoire, et l'exercice provisoire de tous les « droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et à prendre ou conserver par préférence « l'administration des biens de l'absent ».

Il est incontestable que cet article 124 sera appli-

cable à l'époux marié sous le régime dotal avec société d'acquêts ; en effet ce texte emploie une expression très générale : époux commun en biens, sans distinguer si la communauté a été établie pour tous les biens, ou pour les acquêts seulement : les époux mariés sous le régime de l'article 1581 rentrent donc dans les termes de ce texte : ils sont communs en biens.

Mais une question plus délicate est celle de savoir si la disposition de l'article 124 s'appliquera seulement aux biens de la société d'acquêts, ou si elle s'étendra aussi aux biens propres des époux, c'est-à-dire aux biens dotaux, aux paraphernaux et aux biens du mari.

Certains auteurs ont prétendu que l'article 124 ne parlant que de l'époux commun en biens, ne doit s'appliquer qu'à l'égard des biens de la communauté ; quant aux biens propres des époux, ils devraient être régis par le droit commun, et par conséquent mis en la possession des héritiers présomptifs (1).

En effet, dit-on, les époux mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts ne sont ni dotaux seulement, ni communs seulement ; ils sont dotaux et communs en même temps, dotaux pour certains biens et communs pour certains autres ; dès lors il faut leur appliquer, pour les biens communs, les avantages et les inconvénients de la communauté, et pour les autres biens, les droits et les devoirs du régime

(1) MARCADÉ, sur l'art. 124, n° XV.

dotal. — Et tel est bien l'esprit de l'article 124, qui n'accorde le bénéfice qui nous occupe qu'à l'époux commun en biens. C'est donc seulement dans les limites où il est « commun en biens » qu'il doit profiter de ce bénéfice. Il ne peut pas être question de continuation provisoire de la communauté, quant à des biens pour lesquels la communauté n'a jamais existé.

Cette opinion nous paraît inadmissible, car elle est combattue par le texte aussi bien que par l'esprit de la loi.

Par le texte d'abord et surtout. En effet, l'article 124 ne fait aucune distinction, et ses termes sont au contraire absolus : il dit que l'époux commun en biens pourra empêcher l'envoi provisoire de « *tous les droits de l'absent* » (sans distinguer), et qu'il pourra prendre par préférence l'*administration des biens* de l'absent (toujours sans faire aucune distinction entre les biens communs et les autres). Et les mêmes mots se trouvent encore reproduits dans l'article 129, qui suppose que c'est seulement à l'époque de l'envoi définitif que les ayants-droit pourront demander le *partage des biens* de l'absent. En présence de dispositions aussi précises, il nous semble impossible d'accorder aucun envoi en possession provisoire au préjudice de l'époux présent : ce serait introduire dans la loi une distinction qui n'y est pas.

Et le véritable esprit de la loi vient du reste corroborer son texte. En effet, ce que le législateur a voulu, en édictant l'article 124, c'est concentrer dans

une seule main le gouvernement de tous les biens de l'époux absent. On a pensé avec raison que cette façon de procéder serait plus avantageuse pour lui, que de morceler sa fortune entre les mains de différents envoyés provisoires. L'opinion que nous combattons irait donc à l'opposé du but que la loi a voulu atteindre. Il faut remarquer aussi que la présomption qui domine dans cette période étant l'existence de l'absent, il est tout naturel de confier à l'époux présent l'administration des biens de son conjoint.

Nous pensons donc que la dérogation de l'article 124 s'applique aux biens personnels des époux, tout aussi bien qu'aux biens de la société d'acquêts (1).

Par conséquent, si c'est la femme qui a été déclarée absente, le mari, qui a opté pour la continuation de la société, conserve sur les biens sociaux tous les droits dont il était investi comme chef de la société ; il conserve également l'administration des biens dotaux ; et il prend l'administration des biens paraphernaux, qui, jusqu'ici, d'après la théorie que nous avons adoptée, appartenait à la femme. — Si au contraire c'est le mari qui est absent, la femme, si elle opte pour la continuation de la société, conservera le droit d'administrer ses paraphernaux, et elle prendra en outre l'administration de ses biens

(1) DEMOLOMBE, t. II, nos 276 et 277.

dotaux, des biens de la société, et même des biens personnels du mari.

Mais il faut remarquer que, l'absence n'étant pas une cause de dissolution du mariage, la femme reste frappée d'incapacité, et l'autorisation de justice (art. 222, C. civ.), lui sera nécessaire, même pour opter pour la continuation de la société d'acquêts.

Si l'époux présent, au lieu d'opter pour la continuation de la société d'acquêts, préfère sa dissolution, on reste alors sous l'empire du droit commun, et ce sont les héritiers présomptifs de l'absent qui sont envoyés en possession provisoire de ses biens. Quant à la société d'acquêts, elle est alors dissoute provisoirement, et elle est partagée suivant son état à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles.

CHAPITRE IV

DISSOLUTION

XXXVIII. — Les causes qui mettent fin à la société d'acquêts donnent également lieu à la restitution de la dot. Ces causes sont actuellement au nombre de cinq : ce sont les mêmes que celles qui font dissoudre la communauté légale, savoir : la mort de l'un des époux, le divorce, la séparation de corps, la séparation de biens, et le jugement qui prononce la nullité du mariage putatif.

Nous venons de voir en outre que la déclaration d'absence peut être une cause de dissolution provisoire de la société d'acquêts, lorsque l'époux présent opte pour cette dissolution. Si l'absent reparait, la communauté sera censée avoir toujours existé ; s'il ne reparait pas, la communauté sera dissoute à la date de son décès ou de ses dernières nouvelles. — L'époux qui opte pour la dissolution provisoire exerce immédiatement ses reprises soit légales, soit conventionnelles ; mais il est tenu de faire inventaire, et de fournir caution pour les choses sujettes à restitution (art. 124).

Nous n'avons pas à résoudre ici les questions

sans nombre qui se rattachent à la dissolution soit de la communauté, soit du régime dotal. Comme toujours nous discuterons seulement celles de ces questions qui sont spéciales à la combinaison du régime dotal avec la société d'acquêts ; et pour les autres, nous nous contenterons de les énoncer rapidement.

C'est ainsi que nous nous bornons à mentionner l'obligation pour le conjoint survivant, de faire dans le délai de trois mois un inventaire loyal et fidèle, lorsque c'est par le décès de l'un des époux que le mariage s'est dissous.

Le défaut d'inventaire dans ce délai ne donne plus lieu à la continuation de la communauté, comme cela se passait, sous l'Ancien Droit, dans les pays de Coutumes (1); mais il fait encourir à l'époux négligent certaines déchéances qui sont énumérées par l'art 1442 : toutes les parties intéressées seront alors admises à faire preuve contre lui de la consistance des biens et effets communs, tant par titres, que par témoins et même par la commune renommée, ce qui est un mode de preuve très dangereux. De plus, s'il y a des enfants mineurs, il est déchu de son droit d'usufruit

(1) Il faut remarquer que la disposition de l'article 1442 est au contraire en harmonie parfaite avec les usages des pays de Droit écrit, où les Sociétés d'acquêts étaient en vigueur ; dans le ressort du Parlement de Bordeaux notamment, la société d'acquêts finissait toujours au décès de l'un des conjoints, et le défaut d'inventaire ne pouvait jamais avoir pour conséquence de la prolonger entre le survivant et les enfants issus du mariage. (Voy. TESSIER. *De la Soc. d'acq.*, n° 169.)

légal sur leurs biens ; et le subrogé-tuteur qui ne l'a pas obligé à faire inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit du mineur. — Si c'est la femme qui est survivante, et qui a négligé de faire inventaire dans les trois mois du décès de son mari, elle est déchue du droit de renoncer à la société d'acquêts.

XXXIX. — Lorsque la société d'acquêts est dissoute, la femme a le droit d'accepter la communauté, ou d'y renoncer, dans les mêmes délais et sous les mêmes conditions que pour la communauté légale; et les dispositions du Code civil relatives à ce dernier régime sont applicables ici, soit quant au partage après acceptation, soit quant aux effets de la renonciation. — Nous allons y revenir tout à l'heure. — Mais quel que soit le parti que prenne la femme, il y a toujours et avant tout pour les deux époux une obligation à remplir, et un droit à exercer : l'obligation, c'est de rapporter à la masse tout ce dont ils sont débiteurs envers la société, à titre de récompense ou d'indemnité (art. 1468); le droit, c'est d'exercer par prélèvement la reprise de leurs apports.

Au point de vue des récompenses, aucune dérogation n'est apportée aux principes de la communauté légale : il y aura lieu à récompense toutes les fois que l'un des trois patrimoines se sera enrichi aux dépens de l'autre : c'est ainsi notamment que chaque

époux devra récompense à la société pour les améliorations apportées à ses propres, mobiliers ou immobiliers, au moyen des deniers de la société.

Les prélèvements à exercer ont un double objet :
1° Les propres des époux, s'ils existent en nature, ou les biens acquis en remploi ; et 2°, les indemnités ou récompenses qui sont dues aux conjoints par la société d'acquêts.

En ce qui concerne la reprise des biens propres, le mari reprendra ses biens personnels, s'ils existent encore en nature ; et nous lui ferons application pure et simple des règles de la communauté légale, notamment des articles 1471 et 1472.

Quant à la femme, il s'agit ici de la *restitution de la dot*, et sur ce point nous trouvons un conflit entre les règles du régime dotal et celles de la communauté.

En effet sous le régime dotal, on distingue suivant que la dot à restituer consiste en biens que le mari doit rendre *en nature* (art. 1564) ; ou au contraire suivant qu'elle consiste en une *somme d'argent*, ou, ce qui revient au même, en meubles estimés dans le contrat de mariage, sans déclaration que l'estimation n'en vaut pas vente (art. 1565). Dans le premier cas, le mari est tenu de restituer la dot immédiatement ; mais dans le second, la restitution ne peut être exigée qu'un an après la dissolution du mariage.

Au contraire, sous le régime de la communauté, aucune distinction semblable n'existe : c'est toujours

immédiatement et sans aucun délai que la femme doit reprendre ses biens propres, de quelque nature qu'ils soient.

Laquelle des deux règles devra-t-on appliquer sous le régime mixte qui nous occupe ?

Supposons que la femme mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts ait apporté une dot en argent, le mari, lors de la dissolution, sera-t-il obligé de rendre immédiatement cette dot ? Ou au contraire jouira-t-il du délai d'un an accordé par l'art. 1565 ?

Nous n'hésitons pas à penser que ce sont les règles du régime dotal qui doivent l'emporter ici, et que le délai de l'article 1565 doit être accordé au mari.

Cette question a cependant été discutée : on a objecté que, sous notre régime, la restitution est due non pas par le mari personnellement, mais par la masse commune ; et que dès lors ce sont les règles de la communauté qu'on devrait appliquer. — La réponse est facile : c'est qu'il s'agit ici de la dot, et non pas des biens communs ; il s'agit de restituer une dot qui, pendant toute la durée du mariage, a été régie par les principes de la dotalité, qui notamment était inaliénable et imprescriptible ; il est impossible de changer de régime, quand arrive la dissolution, et de lui appliquer alors les règles de la communauté.

Il faut remarquer d'ailleurs que la disposition de l'article 1565 est parfaitement rationnelle : en effet

quand la dot consiste en choses fungibles ou assimilées à elles, le mari en est devenu propriétaire, et il en a très probablement disposé, il les a consacrées à des placements divers : l'obliger à une restitution brusque, immédiate, ce serait le forcer à réaliser sans délai et coûte que coûte des valeurs pour lesquelles il conviendrait peut-être d'attendre le moment opportun : cette précipitation pourrait lui causer un préjudice considérable. Il est donc parfaitement équitable de lui accorder un certain délai pour se procurer les fonds nécessaires au remboursement de la dot ; et ces motifs sont identiquement les mêmes sous le régime dotal avec société d'acquêts que sous le régime dotal pur.

XL. — Le second chef de prélèvements comprend les récompenses auxquelles chacun des époux a droit contre la société d'acquêts. Sur cette matière, nous n'avons qu'à faire un renvoi pur et simple aux règles de la communauté légale. Nous n'avons pas à entrer ici dans la controverse célèbre qui s'est élevée sur la nature des reprises de la femme, et qui a divisé longtemps la doctrine et la jurisprudence : d'ailleurs cette controverse n'a plus guère aujourd'hui qu'un intérêt historique, car la jurisprudence a fini par se rallier au système que préconisaient les auteurs. La majorité des auteurs (1) a toujours soutenu, et avec

(1) AUBRY et RAU, t. V, § 511, texte et note 28, p. 363. — RODIÈRE et PONT, t. II, nos 1083-1092. — COLMET DE SANTERRE, t. VI, n° 132 *bis*, V, p. 293.

pleine raison, croyons-nous, que la femme n'a pas d'autre droit qu'un droit de créance : la jurisprudence au contraire avait décidé pendant longtemps que c'était à titre de co-propriétaire, et non pas de simple créancière, que la femme exerçait ses reprises (1). L'intérêt de la question est considérable, car si la femme est seulement créancière, elle aura bien son hypothèque légale sur les immeubles de la société ; mais sur les meubles, elle n'aura aucun droit de préférence, elle viendra en concours avec les créanciers chirographaires de la société ; — tandis que si elle agit en qualité de co-propriétaire, elle aura sur les biens un droit exclusif, ces biens seront censés ne pas faire partie de la masse, et ils n'auront jamais été le gage des créanciers.

Ce dernier système aurait l'avantage de protéger énergiquement la femme, mais il est contraire à toutes les traditions du passé, et il ne peut trouver aucun fondement ni dans les dispositions du Code civil, ni dans les principes généraux du droit : il doit donc être repoussé. Du reste, toute divergence a cessé depuis longtemps, car dans un arrêt célèbre, rendu toutes chambres réunies, le 16 janvier 1858, la Cour de cassation a décidé que la femme était ici simplement créancière, et depuis cette époque la

(1) Cass, 1^{er} août 1848. Aff. Duhoullay. DALL., 48, 1, 189. — 28 mars 1849. Aff. Savary. D., 49, 1, 97. — 23 février 1853. Aff. Mirelle. D., 53, 1, 44. — 10 juillet 1855. Aff. de l'Enregistrement. D., 1855, 1, 251.

jurisprudence a toujours appliqué cette doctrine (1).

La Cour de Caen a jugé, dans un arrêt du 9 juillet 1889, que, sous le régime de la société d'acquêts stipulée accessoirement au régime dotal, comme sous celui de la communauté, les récompenses dues par l'un des époux à la communauté, ne se compensent pas de plein droit avec les récompenses dues par l'autre époux à cette même communauté ; mais que les époux peuvent les compenser conventionnellement par l'acte de liquidation, pourvu que ce mode de procéder ne soit pas de nature à porter préjudice au droit des tiers.

Le même arrêt décide que les récompenses dues à l'un des époux, et les récompenses dues par ce même époux, se balancent de plein droit ; que l'époux n'est en définitive créancier ou débiteur que du solde ; et qu'il en est ainsi même lorsque les récompenses dues à la femme consistent en des reprises dotales (2).

XLI. — Pour exercer leurs reprises, les époux doivent faire la preuve de leur droit. Aux termes de l'art. 1402, tout bien est réputé acquêt jusqu'à preuve contraire. C'est donc aux époux à prouver que tel bien, meuble ou immeuble, leur est propre.

Pour les immeubles, cette preuve sera en général

(1) Cass., 16 janvier 1858, aff. Moinet. D. 58, 1, 5. — Cass. 23 août 1859, aff. Chamoizzi. D. 59, 1, 350.

(2) Caen, 9 juillet 1889. aff. Saillard. DAL. 90, 2, 137.

facile; parce que l'origine et la transmission des choses immobilières sont toujours constatées, de sorte qu'il est facile d'en établir la provenance. Les époux n'auront qu'à justifier de leur droit de propriété au moment de la célébration du mariage, ou bien encore de l'acquisition de l'immeuble à titre gratuit pendant le mariage.

Pour les meubles, ils sont également présumés appartenir à la société d'acquêts, et si le contraire existe, c'est aux époux à le démontrer : mais ici des règles particulières leur sont imposées : l'article 1499 déclare que « le mobilier sera réputé acquêt s'il n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme. » — Ce texte a donné lieu à de graves difficultés : on s'est demandé notamment s'il est limitatif, ou si, au contraire, la preuve par témoins ou par commune renommée serait admissible, en l'absence d'inventaire ou d'état régulier ? Mais nous n'avons pas à entrer ici dans l'examen de ces controverses, car ce sont là des questions qui n'ont rien de spécial à la combinaison de la société d'acquêts avec le régime dotal.

XLII. — Nous avons dit que la dissolution de la société d'acquêts ouvre pour la femme un droit d'option : elle peut, comme sous la communauté légale, accepter la société ou y renoncer.

Le droit de renonciation est un privilège, exorbitant du droit commun, qui est accordé à la femme pour compenser les pouvoirs absolus du mari pen-

dant le mariage : la femme est restée étrangère à la gestion des affaires sociales, il est juste qu'elle puisse dégager sa responsabilité, si la gestion a été mauvaise.

Cette faveur n'est accordée à la femme que sous certaines conditions, et on devra appliquer ici, comme sous la communauté légale, les articles 1456 à 1465 du Code civil. Ainsi la renonciation, pour être valable, devra être faite au greffe, et inscrite sur les registres destinés à recevoir les renonciations à succession ; si c'est par le décès du mari, que la société est dissoute, la femme, pour pouvoir renoncer, devra avoir fait inventaire dans les trois mois du décès, etc.

Il faut noter que dans nos anciens pays de Droit écrit, où les sociétés d'acquêts étaient en vigueur, la femme n'était pas soumise à des règles aussi rigoureuses : le défaut d'inventaire n'entraînait pas contre elle déchéance du droit de renonciation ; elle pouvait toujours renoncer pendant trente ans, sous la seule condition de fournir un état affirmatif, et de rendre compte des biens (1), et elle pouvait renoncer même après avoir d'abord accepté. — Mais aujourd'hui ce sont les dispositions du Code civil qui sont applicables dans tous les cas, même pour les sociétés d'acquêts qui auraient été formées sous l'empire des anciens principes, du moment que la

(1) TESSIER. *De la Soc. d'acq.*, n° 181.

dissolution s'est produite après la promulgation du Code.

La femme renonçante perd tout droit sur les biens de la société d'acquêts, qui sont alors attribués en totalité au mari ; elle exerce seulement ses reprises, comme nous l'avons dit plus haut ; et elle conserve en outre le droit de poursuivre le paiement des récompenses qui lui sont dues par la société ; réciproquement, elle reste tenue de payer à son mari les récompenses dont elle est débitrice envers la communauté.

La femme qui a renoncé est devenue étrangère à la société : elle n'est donc plus tenue des dettes sociales, et elle n'a pas à contribuer à leur paiement, quand même elles proviendraient de son chef.

Quoique la femme renonçante ne puisse prétendre aucun droit sur les biens de la société, l'article 1492, § 2 l'autorise cependant à retirer les linges et hardes à son usage. C'est un motif de convenance et d'humanité qui a fait édicter cette faveur pour la femme : « *Mulier non debet abire nuda.* » Il n'y a pas besoin d'ajouter que ce droit est essentiellement personnel à la femme, et ne peut jamais être invoqué par ses héritiers.

Disons enfin que la renonciation, une fois faite, est irrévocable, et que la femme ne pourrait en demander l'annulation qu'en invoquant le dol ou la violence. Ses créanciers pourraient aussi attaquer la renonciation, si elle avait été faite en fraude de leurs droits (art. 1464) ; mais ce serait alors l'exer-

cice de l'action paulienne, et le bénéfice n'en profiterait qu'à eux seuls : la renonciation continuerait de subsister et de produire ses effets à l'égard de la femme.

XLIII. — Au lieu de renoncer à la société d'acquêts, la femme ou ses héritiers peuvent l'accepter. Mais l'acceptation, qui est obligatoire pour le mari, n'étant que facultative pour la femme, celle-ci doit faire connaître son intention d'accepter. Cette intention peut être manifestée d'une manière expresse, par exemple lorsque la femme majeure a pris dans un acte la qualité de commune (art. 1455), ou d'une manière tacite, par exemple lorsque la femme s'est immiscée dans les biens de la société, et a fait des actes qu'elle n'avait le droit de faire qu'en sa qualité de co-propriétaire des biens communs. Les actes conservatoires ou de pure administration n'emportent pas immixtion (art. 1454).

A la différence de ce qui se passait, sous l'ancien droit, dans le ressort du Parlement de Bordeaux, l'acceptation de la femme, qu'elle soit expresse ou tacite, est toujours irrévocable, sauf les cas de dol ou de violence. La position des parties se trouve fixée d'une manière définitive, et la femme ou ses représentants se trouvent saisis d'un droit égal à celui du mari sur l'actif social.

A moins de stipulation contraire dans le contrat de mariage, l'actif de la société, une fois que chaque époux a exercé les prélèvements auxquels il a droit,

se partage par portions égales, sauf l'application de l'article 1477 en cas de recel ou de divertissement.

Pour tout ce qui concerne le partage, ses formes, ses effets, la garantie qui en résulte, le paiement des soultes, etc., nous n'avons qu'à renvoyer aux règles établies par le Code aux titre des Successions, pour les partages entre co-héritiers (art. 1476).

Puisque la femme acceptante a droit à la moitié des biens sociaux, elle doit supporter la moitié des dettes sociales : *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*.

Les dettes contractées par le mari pendant le mariage deviennent donc opposables à la femme, et il n'est pas nécessaire pour cela qu'elles aient acquis date certaine avant la dissolution du mariage. En effet, du moment où la femme a accepté, elle est définitivement associée et commune, en sorte qu'elle est censée avoir concouru à tous les actes passés par son mari, comme si elle y avait personnellement figuré : elle est donc partie à l'acte, et l'acte fait foi de sa date vis-à-vis d'elle, conformément à l'article 1322 C. civ.

La femme a seulement le droit de prouver l'antidate, et de démontrer que la dette, ne grevant pas la société, ne peut pas être poursuivie contre elle (1).

Ce système, il est vrai, est dangereux pour la

(1) Cass, 13 mars 1854. Aff. Caurette. D., 54, 1, 100. — Nancy, 25 juillet 1868. Aff. Grandidier. SIR., 69, 2, 86. — Bordeaux, 16 janvier 1878, Aff. Rulleau. SIR., 78, 2, 252.

femme, car son droit de démontrer des fraudes exercées à son insu sera le plus souvent illusoire, et si le mari est de mauvaise foi, il lui sera assez facile de diminuer ou même d'anéantir, par des obligations simulées, l'actif de la société, et cela après la dissolution de l'association conjugale, c'est-à-dire à une époque où il n'a plus aucun titre pour obliger sa femme.

Mais malgré ce danger, cette solution nous paraît la seule admissible, parce que la doctrine contraire est en opposition avec les principes généraux du droit, et que de plus elle pourrait frapper sur des maris de bonne foi, et servir à dépouiller des créanciers légitimes.

Pour la contribution aux dettes et la manière dont les époux sont obligés envers les créanciers, on appliquera les articles 1482 à 1492 : ces textes sont applicables à toute communauté entre époux, et nous n'avons pas à entrer ici dans les développements qu'ils comportent. Rappelons seulement que la loi accorde à la femme le bénéfice d'émolument (art. 1483), c'est-à-dire la faveur de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de l'actif social ; mais pour pouvoir exercer ce bénéfice, la femme doit avoir fait un inventaire fidèle et exact des biens qui composent la société.

Si la femme n'a pas fait inventaire, elle est tenue des dettes *ultra vires*. Mais les créanciers pourront-ils en poursuivre le paiement même sur les biens dotaux ? — Ce qui permettrait de le supposer, c'est

que, après la dissolution du mariage, lorsque la femme a accepté la société d'acquêts, la dotalité avait cessé d'exister ; dès lors elle était capable de s'obliger et d'engager ses biens ci-devant dotaux, et, — pourrait-on dire, — c'est précisément ce qu'elle a fait en se privant par sa négligence de la protection que la loi lui offrait. — Au premier abord ce raisonnement paraît très juridique ; mais il doit cependant être repoussé, parce qu'il fait trop bon marché des règles conservatrices du régime dotal. D'ailleurs l'acceptation de la femme a un effet rétroactif : la femme acceptante est réputée avoir toujours été commune, et le point de départ de son obligation envers les créanciers, est, non pas le jour de son acceptation, mais le jour où l'obligation elle-même a été contractée par le mari : or sous notre régime mixte, comme sous le régime dotal pur, tous les engagements qui sont contemporains du mariage ne sont pas exécutoires sur les biens dotaux, même une fois qu'ils sont devenus libres.

XLIV. — Mais si les créanciers de la société ne peuvent jamais se faire payer sur les biens qui étaient dotaux pendant le mariage, doivent-ils au moins être préférés, sur les biens de la société, aux créanciers personnels des époux ?

L'affirmative était admise, sous l'ancien droit, dans les pays de Droit écrit : dans le ressort du Parlement de Bordeaux, on reconnaissait aux créanciers de la société un droit de préférence sur les

biens sociaux, parce que dans ces pays les sociétés d'acquêts se réglaient d'après les principes des sociétés ordinaires ; dès lors, il ne pouvait y avoir d'acquêts pour les conjoints, et par suite pour leurs créanciers particuliers, qu'après le paiement des dettes sociales (1).

La même doctrine a été reproduite de nos jours : on a soutenu que les règles de la société d'acquêts, sous le Code civil, doivent être, à moins de dérogation expresse, les mêmes que celles des sociétés d'acquêts de nos anciens pays de Droit écrit ; et on ajoute que les créanciers personnels des époux ne peuvent pas se plaindre, car on ne fait ici qu'appliquer la maxime : *Bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno* (2).

Cependant, sous l'empire du Code civil, cette opinion nous paraît inadmissible, car elle repose sur la supposition erronée que la communauté conjugale, et en particulier la société d'acquêts, constituent une personne morale, possédant un actif distinct du patrimoine personnel des époux. Or il n'en est rien ; la communauté entre époux ne constitue pas une personne morale : tous les auteurs sont unanimes à le reconnaître (3). D'ailleurs, si, dans la Coutume de Bor-

(1) TESSIER. *De la soc. d'acq.*, n° 239.

(2) RODIÈRE et PONT. t. II, n° 1286. — Bordeaux, 23 janvier 1826. — 6 juillet 1832, aff. Lajonie, Dall., 26, 2, 199 ; et 33, 2, 26.

(3) V. notamment AUBRY et RAU. t. V, § 505, texte et note 2, p. 277, et les autorités qu'ils citent.

deaux, on accordait un droit de préférence aux créanciers sociaux, c'est, nous l'avons vu, parce que dans ces pays, les sociétés d'acquêts étaient régies par les principes des sociétés ordinaires : or nous savons que, au contraire, sous l'empire du Code civil, les règles du Contrat de Société restent absolument étrangères à la société d'acquêts, malgré sa dénomination, et que ce sont uniquement les principes de la communauté entre époux, c'est-à-dire les principes spéciaux au Contrat de mariage, qu'il faut lui appliquer. Nous pensons donc que, même sur les biens sociaux, les créanciers personnels des époux viennent en concours avec les créanciers de la société : pour accorder un privilège à ces derniers, il faudrait un texte formel, et il n'en existe pas.

XLV. — L'acceptation de la société d'acquêts par la femme fait-elle obstacle à l'action en revendication dont elle est investie contre le tiers détenteur, lorsque son immeuble dotal a été aliéné par le mari ?

Nous avons vu que la stipulation d'une société d'acquêts ne porte aucune atteinte aux règles fondamentales du régime dotal, et que notamment l'inaliénabilité de la dot subsiste. Par conséquent si le mari a aliéné pendant le mariage un immeuble dotal, il a bien contracté envers son acheteur une obligation de garantie, mais la vente n'est pas valable, et la femme a une action en revendication.

Si la femme renonce à la société d'acquêts, elle a,

cela est incontestable, le droit de revendiquer son héritage pour le tout, car par suite de sa renonciation, elle est réputée n'avoir jamais été commune : les actes faits par son mari, la vente par lui consentie, l'obligation de garantie qu'il a contractée, rien de tout cela ne lui est opposable. Aucune difficulté ne se présente donc dans cette hypothèse.

De même, lorsque la femme accepte la société d'acquêts, il est un premier cas dans lequel le doute n'est guère possible, c'est lorsque la société est dissoute par la séparation de biens. Dans ce cas, en effet, l'inaliénabilité de la dot subsiste, et la femme reste par conséquent incapable de se fermer la voie de la revendication par son acceptation ; car pendant le mariage, elle est incapable de faire aucun acte qui soit de nature à préjudicier à ses biens dotaux.

Mais lorsque le mariage prend fin en même temps que la société d'acquêts, la question est beaucoup plus délicate. C'est qu'en effet la femme recouvre alors sa pleine et entière capacité, et l'on pourrait être tenté d'admettre qu'en acceptant la communauté, elle renonce au droit qu'elle avait de critiquer l'aliénation, de même qu'elle y renonce quand elle accepte purement et simplement la succession de son mari, débiteur de la garantie. — Cependant nous pensons que, même dans ce cas, l'acceptation de la société ne met pas obstacle à la revendication.

En effet, pour l'admettre, il faudrait considérer cette acceptation comme une ratification tacite de la vente : or il nous paraît impossible de prétendre que

l'acceptation de la femme manifeste chez elle l'intention d'approuver l'aliénation de son fonds dotal. Ce qu'elle a voulu, en acceptant la société, c'est exercer le droit que lui donnait son contrat de mariage, c'est participer aux acquêts ; mais elle n'a jamais entendu renoncer aux droits qui découlent pour elle du régime dotal, qui est le régime principal, elle n'a pas voulu sacrifier sa dot.

Du reste, l'acceptation de la femme ratifie seulement les actes que le mari peut consentir comme chef de la communauté ; or le mari n'a jamais eu le pouvoir d'aliéner le fonds dotal, l'acceptation de la femme ne saurait donc ratifier un tel acte.

Mais, dira-t-on, la femme ne pourra-t elle pas être repoussée par la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio?* — Nous ne le pensons pas, parce que cette maxime ne peut être opposée qu'à celui qui est tenu d'une garantie complète (1). Elle ne peut donc pas l'être à la femme qui n'est tenue des dettes de la communauté que pour moitié, et jusqu'à concurrence seulement de son émolument constaté par inventaire.

Le concours même de la femme à l'aliénation ne saurait lui enlever son droit de revendication, car ce concours n'ajoute rien à la validité du contrat : ce que la loi interdit, ce n'est pas l'aliénation par le mari d'un bien dotal dont il n'est pas propriétaire,

(1) RODIÈRE et PONT. *Traité du Cont. de Mariage*, t. III, n° 2040.

c'est l'aliénation de ce bien par la femme, et avec le consentement de son mari.

Mais nous reconnaitrons que si la femme acceptante exerce la revendication de son fonds dotal aliéné, elle doit, dans les limites de son émoulement, restituer à l'acheteur évincé la moitié du prix d'achat qui est tombé en société, et dont elle a profité ; la femme en effet ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui. — Nous serons même d'avis que, lorsque la femme aura concouru à l'acte d'aliénation, elle devra la moitié des dommages-intérêts accordés à l'acquéreur évincé : dans ce cas en effet elle a commis une sorte de quasi-délit dont il est juste de la rendre responsable : c'est du reste une voie dans laquelle la jurisprudence tend à entrer de plus en plus, lorsque la mauvaise foi de la femme est démontrée.

Sous cette réserve, nous reconnaissons donc à la femme, même acceptante, le droit de revendiquer son immeuble dotal contre le tiers détenteur. Sans cela, en effet, que deviendrait la prohibition d'aliéner la dot, et que deviendrait le pacte d'association aux acquêts inséré dans le contrat de mariage, si, pour profiter de la stipulation de société d'acquêts, la femme était obligée de perdre ses biens dotaux ; — ou bien si elle était obligée de renoncer à la société d'acquêts, pour rentrer dans la propriété de sa dot ? Cette alternative ne serait conforme ni au vœu de la loi, ni à l'intention des parties, quand elles stipulent le régime dotal avec société d'acquêts.

XLVI. — Nous devons examiner maintenant une des questions les plus importantes que soulève la combinaison du régime dotal avec la société d'acquêts. C'est celle de savoir si la femme mariée sous ce régime peut, pendant le mariage, renoncer à son hypothèque légale sur les immeubles de la société ?

La difficulté vient de cette circonstance que sous le régime de la communauté, la femme a le droit de renoncer à son hypothèque, tandis que sous le régime dotal elle ne peut en aucune façon en restreindre l'exercice.

Laquelle des deux règles devra-t-on appliquer ici ? Quel est, en cette matière, le régime qui doit céder le pas à l'autre ?

Pour résoudre cette question, prenons une hypothèse : supposons par exemple que, pendant le mariage, la femme a concouru avec son mari à la vente d'un immeuble de la société d'acquêts, et que, au jour de la dissolution, les biens personnels du mari et les biens actuels de la société sont insuffisants pour l'exercice de ses reprises dotales : la femme aura-t-elle un recours contre le tiers détenteur de l'immeuble aliéné ?

Sous le régime de la communauté, la femme qui concourt avec son mari à la vente d'un immeuble commun, renonce par là même à exercer dans la suite aucun recours contre le tiers acquéreur.

Nous pensons que cette règle ne peut pas être appliquée sous la société d'acquêts jointe au régime dotal, et que, dans ce régime mixte, la femme ne

peut jamais renoncer à son hypothèque sur les biens de la communauté.

Mais pour examiner cette question, distinguons le cas où la femme accepte la société d'acquêts, et celui où elle y renonce.

XLVII. — Si la femme a renoncé à la société d'acquêts, tous les immeubles de cette société doivent être considérés comme ayant toujours été la propriété exclusive du mari, et par suite la femme pourra faire valoir son hypothèque légale, non-seulement sur ceux de ces immeubles qui font encore partie de la société au moment de sa dissolution, mais encore sur ceux qui ont été aliénés pendant le mariage ; et peu importe que la femme ait elle-même concouru à l'aliénation, ou même qu'elle ait à ce moment renoncé expressément à se prévaloir de son hypothèque légale : cette renonciation ne peut pas lui être opposée, car elle n'est pas valable ; en effet pendant le mariage, la femme n'avait le droit de rien faire qui puisse compromettre ses reprises dotales ; elle ne pouvait par aucun acte porter atteinte, même indirectement, à l'inaliénabilité de la dot (1).

Cette solution cependant a été contestée, notamment par Troplong (2) qui prétend que lorsque la femme s'est engagée personnellement envers l'ac-

(1) Cass., 17 nov. 1847. Aff. Barjon. *SIR.*, 1848, 1, 25. — *Angers*, 10 août 1839. Aff. Mille. *SIR.*, 1840, 2, 130. — *AUBRY et RAU*, t. V, § 541 bis, texte et note 9.

(2) *TROPLONG. Cont. de Mar.*, t. III, nos 1911 et 1912.

quéreur, sa renonciation à son hypothèque légale est parfaitement valable. Troplong considère que la femme qui a stipulé une société d'acquêts a tous les droits d'une femme commune, en ce qui touche les biens faisant partie de la société d'acquêts, et qu'elle peut faire relativement à ces biens tout ce que peut faire une femme mariée sous le régime de la communauté ; la seule différence, dit-il, qui sépare la femme commune renonçant à la communauté, de la femme dotale répudiant la société d'acquêts, c'est que la femme dotale ne sera pas tenue, en vertu de ses engagements personnels, sur ses biens dotaux, tandis que la femme commune sera tenue sur ses biens propres ; mais là s'arrête le privilège de l'inaliénabilité. « La femme ne peut pas être dotale pour « conserver, et commune pour acquérir. »

Ce système n'a été suivi ni par la doctrine ni par la jurisprudence : il oublie en effet que dans notre combinaison, c'est le régime dotal qui est le régime principal des époux, et que surtout pour tout ce qui concerne les garanties données à la femme, ce sont les règles du régime dotal qu'il faut appliquer. Or, sous le régime dotal, le principe de l'incessibilité de l'hypothèque est absolu : la femme dotale ne peut pas renoncer à son hypothèque légale même dans la mesure de la dot mobilière, d'après le système suivi par la jurisprudence. Nous devons donc dire également que sous le régime dotal avec société d'acquêts, la femme ne peut pas renoncer valablement à son hypothèque sur un immeuble de la

société, pas plus que sur les biens propres de son mari. Troplong s'étonne que la femme soit commune pour acquérir, et dotale pour conserver : mais c'est là précisément le véritable but de ce régime mélangé ; ce que la femme a voulu en l'adoptant, c'est d'abord s'assurer toutes les prérogatives du régime dotal, et ensuite, accessoirement, avoir une part dans les économies du ménage.

Par conséquent lorsque la femme a renoncé à la société d'acquêts, c'est sans aucune hésitation que nous lui accordons le droit, pour ses reprises dotales, d'exercer son hypothèque légale sur tous les immeubles appartenant ou ayant appartenu à la société ; et cela malgré toutes les renonciations expresses ou tacites qu'elle en aura pu faire, ces renonciations ou subrogations ne pouvant avoir aucune valeur.

XLVIII. — La question est plus délicate lorsque la femme a accepté la société d'acquêts. Remarquons d'abord que pour que la question se pose dans le cas d'acceptation, il faut supposer que la femme s'est trompée sur la situation pécuniaire de la société ; elle croyait l'actif supérieur au passif, et c'est l'inverse qui a eu lieu, de sorte qu'elle ne peut pas être payée de ses reprises dotales à moins de faire valoir son hypothèque sur les immeubles dépendant ou ayant dépendu de la société.

Troplong applique ici, et *a fortiori*, l'opinion qu'il a émise même dans l'hypothèse d'une renonciation

à la société d'acquêts (1). Outre les arguments que nous avons signalés plus haut, il s'appuie sur ce que, en acceptant la société d'acquêts, la femme acquiesce à tous les actes faits par le mari pendant sa durée, et prend les immeubles grevés du droit des créanciers ; il ajoute qu'on ne pourra pas dire cette fois que les immeubles sont ceux du mari, puisque, au contraire, l'acceptation les a rendus définitivement communs au mari et à la femme.

Cependant nous pensons avec la jurisprudence (2), que même dans cette hypothèse, ce sont les principes du régime dotal qui doivent prévaloir sur ceux de la société d'acquêts. Encore une fois, la femme ne peut pas sacrifier ses garanties, ni se soustraire à la protection que lui donne son contrat de mariage. La femme, sous le régime de l'article 1581, est plus dotale que commune ; nous avons vu que la stipulation de société d'acquêts est une simple clause accessoire, qui ne doit en aucun cas porter atteinte aux règles conservatrices de la dot, et nous savons aussi que toutes les fois qu'il est question de garanties pour la femme, ce sont les principes du régime dotal qui doivent être suivis, peu importe que la femme soit acceptante ou renonçante. L'arrêt de Cassation du 28 juin 1847 a du reste fort bien mis ces principes en lumière : « Lorsque la femme a adopté « le régime dotal, sa dot mobilière est inaliénable

(1) TROPLONG. *Cont. de Mar.*, t. III, n° 1913.

(2) Cass., 28 juin 1847. Aff. Chouquet. Dall., 47, 1, 299.

« pendant le mariage ; il suit de ce principe que les obligations qu'elle a contractées avec le consentement de son mari ne peuvent jamais faire obstacle à ce qu'elle fasse prévaloir son hypothèque pour le paiement de ses reprises et créances dotales. »

Nous pensons donc que sous notre régime mixte, il faut pousser jusque dans ses dernières conséquences la règle de l'inaliénabilité de la dot, et décider qu'en aucun cas la femme ne pourra renoncer à son hypothèque légale sur les biens de la société d'acquêts, ni y subroger un tiers.

Par application de cette règle, nous déciderons :
1° — Que la femme peut poursuivre, pour l'exercice de ses reprises dotales, les acquéreurs des immeubles communs aliénés par son mari, même avec son consentement exprimé par son concours à l'acte ;

Et 2° — Qu'elle peut opposer son hypothèque légale sur les immeubles de la communauté même aux créanciers envers lesquels elle s'est obligée personnellement.

XLIX. — Une dernière difficulté se présente, en ce qui concerne le droit de la veuve aux aliments et à l'habitation, après le décès de son mari. Là encore nous trouvons un conflit entre les règles du régime dotal et celles de la communauté. — Aux termes de l'article 1465, la femme commune, lorsqu'elle survit, qu'elle accepte ou non la communauté, a le droit, pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont impartis pour faire inventaire et délibérer, de

faire supporter à la masse commune les frais de son habitation et de ses aliments pour elle et ses domestiques.

D'un autre côté, l'art. 1570 2°, permet à la femme dotale survivante d'exiger pendant l'an de deuil ou bien les intérêts de sa dot, ou bien des aliments aux dépens de la succession du mari, et dans tous les cas il lui accorde pendant cette année entière le droit d'habitation, et en outre les habits de deuil.

Que décider sous le régime dotal avec société d'acquêts ?

Un premier point certain, c'est que pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, la femme jouira des droits d'aliments et d'habitation qui sont accordés par l'art 1465 à toutes les veuves mariées en communauté, soit qu'elles acceptent, soit qu'elles renoncent. C'est là un minimum qu'on ne saurait contester.

Mais quand la femme a fait son option, comment devra-t-on régler ses droits ? Pourra-t-elle se prévaloir des dispositions plus favorables de l'art. 1570 ?

Certains auteurs distinguent selon que la femme accepte la société ou y renonce. Dans le premier cas, disent-ils, la femme, en acceptant la société, en manifestant l'intention de prendre part à ses bénéfices, semble par là même faire abandon des avantages de l'article 1570. Ce texte, d'ailleurs, a été édicté pour le régime dotal pur, et les avantages qu'il confère à la femme n'ont d'autre but que de compenser les revenus que le mari a retirés de la

jouissance de la dot. Or, sous le régime dotal avec société d'acquêts ce motif n'existe plus, puisque les revenus de la dot n'ont pas profité au mari seul, mais aussi à la femme ; ils sont en effet tombés dans la société, que la femme vient d'accepter. Il n'y aurait donc plus lieu de maintenir les privilèges de l'article 1570.

Au contraire, lorsque la femme renonce, elle est censée n'avoir jamais été commune, et on doit la traiter comme si elle avait été mariée sous le régime dotal pur. Il faut par conséquent lui appliquer l'art. 1570. Cette solution d'ailleurs est équitable, car la société d'acquêts n'a été jointe au régime dotal que dans l'intérêt de la femme : il ne faut pas qu'elle tourne à son préjudice quand elle est obligée d'y renoncer ; cela serait d'autant plus injuste, que si la femme a été obligée de renoncer, c'est par suite de la mauvaise administration du mari (1).

Nous ne pouvons admettre cette distinction entre le cas où la femme accepte la communauté, et celui où elle renonce. Nous avons déjà eu occasion de combattre le raisonnement sur lequel elle repose, et qui consiste à dire que la femme qui renonce est censée n'avoir jamais été commune, et doit être traitée comme si elle avait toujours été mariée sous le régime dotal pur. — Cette théorie n'est pas exacte, car la communauté a toujours existé, quel

(1) RODIÈRE et PONT, t. III, nos 2038 et 2039.

que soit le parti que prenne la femme ; mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit ici.

Nous repoussons toute distinction entre le cas où la femme accepte et celui où elle renonce, parce que nous considérons que, dans une hypothèse comme dans l'autre, il faut accorder à la veuve le bénéfice de l'art. 1570 (1).

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, le principe fondamental que nous avons posé dès le début de cette étude, et d'après lequel, dans le régime mixte qui nous occupe, la prépondérance doit toujours appartenir au régime dotal : c'est ce régime que les parties ont toujours considéré comme le régime principal, et ce sont ses règles qu'il faut toujours appliquer du moment qu'il ne s'agit pas des biens acquêts.

L. — Avec cette question nous avons épuisé notre matière : nous croyons en effet avoir passé en revue à peu près tous les cas dans lesquels un conflit peut s'élever entre les règles du régime dotal et celles de la communauté, sous le régime mixte qui fait l'objet de cette étude.

En résumé, l'article 1581 du Code civil consacre une combinaison déjà en usage dans plusieurs pays de droit écrit, et qui avait pour but d'atténuer les inconvénients du régime dotal. Le régime qui naît de

(1) Rouen, 3 mars 1853. *SIR.*, 54, 2, 31. — *PIOLET*, p. 194. — *GUILLOUARD*, t. IV, n° 2207.

cette combinaison est des plus favorables pour la femme. En effet d'un côté elle est protégée contre les dissipations et les mauvaises affaires de son mari, et d'un autre côté elle se trouve intéressée à la prospérité du ménage et peut espérer de réaliser des bénéfices si la société devient florissante. Mais cette combinaison du régime de communauté avec le régime dotal fait naître, nous l'avons vu, un grand nombre de difficultés : pour l'administration des paraphernaux, et, à la dissolution du mariage, pour la liquidation, on se heurte à une foule de questions qui ne sont pas prévues par le Code, et qui par suite ont donné lieu aux plus vives controverses. Nous avons posé comme principe fondamental que c'est le régime dotal qui est le régime principal, et que ce sont ses règles qui doivent prévaloir ; que la société d'acquêts au contraire n'est qu'un régime accessoire, et que, par suite, les effets de la communauté ne doivent être appliqués qu'en ce qui concerne les acquêts. Le système de Troplong, qui est toujours porté à sacrifier la dot, et à faire prévaloir la société d'acquêts, est évidemment contraire à l'intention des parties.

Mais la stipulation d'une société d'acquêts ne fait disparaître que l'un des deux inconvénients que l'on peut reprocher au régime dotal pur : la femme sera intéressée à la prospérité du ménage, mais les biens dotaux resteront inaliénables d'une manière absolue, ce qui apporte une entrave considérable à la circulation des biens, et est très gênant pour les époux eux-

mêmes. Pour remédier à cet inconvénient, sans détourner le régime dotal de son but principal, on stipule ordinairement dans le contrat de mariage que les biens dotaux seront aliénables moyennant emploi.

Ces deux clauses, clause de remploi et clause de société d'acquêts, se rencontrent dans presque tous les contrats de mariage où on adopte le régime dotal, et elles en font un régime très acceptable, et qui, avec ces tempéraments, est très usité dans la pratique, du moins dans certaines provinces.



POSITIONS



DROIT ROMAIN

I

Dans les obligations à terme, la simple arrivée de l'échéance ne mettait pas, *re ipsa*, le débiteur *in mora* : il fallait une interpellation du créancier.

II

Il n'y avait que deux degrés de faute contractuelle : la *culpa lata* et la *culpa levis* : les Romains n'ont jamais connu la *culpa levissima* ; mais la *culpa levis* s'appréciait tantôt *in abstracto*, et tantôt *in concreto*, selon les contrats.

III

La remise d'arrhes par l'acheteur au vendeur, dans les ventes qui ne sont pas subordonnées à la rédaction d'un écrit, ne constitue, même à l'époque de Justinien, qu'un mode de preuve de la vente, et non pas un moyen de dédit.

IV

Il n'a jamais existé, en Droit romain, d'action publicienne *in factum*.

DROIT FRANÇAIS

V

Est nul le mariage célébré par le dernier conseiller municipal dans l'ordre du tableau, sans que le maire, les adjoints et les premiers conseillers soient empêchés.

VI

L'erreur de droit peut, tout aussi bien que l'erreur de fait, servir de fondement à la bonne foi en matière de mariage putatif.

VII

Les avances faites par un gérant d'affaires produisent intérêt du jour où elles ont été faites, et non pas seulement du jour de la demande en justice.

VIII

Sous le régime de la communauté légale, la communauté a droit à récompense pour les réparations civiles aussi bien que pour les amendes qu'elle a été obligée de payer par suite d'un délit criminel du mari.

DROIT PÉNAL

IX

La prohibition de l'article 360 du Code d'Instruction criminelle doit s'entendre du fait matériel, et non pas seulement de la qualification légale.

ÉCONOMIE POLITIQUE

X

En matière de monnaie, le système du monométallisme est préférable à celui du bimétallisme.

XI

La rente foncière n'est que la représentation de profits extraordinaires provenant soit de l'inégale situation, soit de l'inégale fertilité des terres.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

XII

Les étrangers ne jouissent en France que des droits civils qui leur sont concédés expressément ou tacitement par les lois françaises, ou par les traités faits par le gouvernement français avec la nation à laquelle l'étranger appartient.

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,
JULES CABOUAT.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen.
E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DES COMICES PAR CURIES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	1
INTRODUCTION. — <i>Du rôle du peuple dans la Constitution romaine. — Des Comices en général.</i>	3
CHAPITRE I ^{er} . — Des curies	18
CHAPITRE II. — Organisation des comices curiates	
§ 1. — <i>Composition des comices curiates</i>	27
A Les Plébéiens y votaient-ils ?	26
B Les Clients ?	47
C Les Sexagenarii ?	48
§ 2. — <i>Fonctionnement des comices curiates</i>	51
A Convocation, lieu de réunion, etc	53
B Mécanisme du vote	57
C Nécessité de l' <i>Auctoritas Patrum</i>	61

CHAPITRE III. — Compétence des comices curiates, jusqu'à la création des Comitia Centuriata.	67
A Fonctions électives	68
B Attributions législatives	76
C Décision de la paix et de la guerre.	79
CHAPITRE IV. — Des Comitia Calata.	90
CHAPITRE V. — Décadence des Comices curiates	100



DROIT FRANÇAIS

COMBINAISON DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

AVEC LE RÉGIME DOTAL

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	123
INTRODUCTION. — Raisons d'être de la combinaison.	125
Historique de l'art. 1581	
C. civ.	132
CHAPITRE I ^{er} . — Constitution de la Société d'acquêts.	145
CHAPITRE II. — Composition de la Société d'acquêts.	169
Actif.	169
Passif	190

CHAPITRE III. — Période de fonctionnement	196
Administration des biens dotaux .	198
id. des biens parapher-	
naux	201
id. des biens communs	207
QUESTIONS SPÉCIALES : Étant donné une cons-	
titution de dot qui s'étend à tous les biens	
à venir, la part revenant à la femme dans la	
société d'acquêts sera-t-elle frappée de totalité ?	208
Règles spéciales au cas d'absence.	212
CHAPITRE IV. — Période de la dissolution.	217
Causes de la dissolution	217
Restitution de la dot	220
Reprises et Récompenses	222
Renonciation de la femme à la	
société d'acquêts.	225
Acceptation de la société d'acquêts	228
QUESTIONS SPÉCIALES : Les créanciers de la	
société peuvent-ils, après la dissolution du ma-	
riage, se faire payer sur les biens ci-devant	
dotaux ?	230
Les créanciers de la société doivent-ils être	
préférés, sur les biens sociaux, aux créanciers	
personnels des époux ?	231
La femme qui a accepté la société d'acquêts	
peut-elle cependant revendiquer contre le tiers	
détenteur son immeuble dotal aliéné indûment	
pendant le mariage ?	233
La femme peut-elle, pendant le mariage,	
renoncer à son hypothèque légale sur les biens	
de la société d'acquêts ?	237
Droits de viduité	242
CONCLUSION.	245

